



UNIVERSITÉ
PARIS
DESCARTES

MEMBRE DE
U-S-PC
Université Sorbonne
Paris Cité



UNIVERSIDADE
FEDERAL DO CEARÁ

Université Paris Descartes

Et

Université Fédérale du Ceará

Ecole doctorale Sciences juridiques, politiques,
économiques et de gestion - **ED 262**

Centre Maurice Hauriou

Les pouvoirs de l'employeur face aux TIC

*Perspectives d'une protection des données
personnelles des salariés en Droit du travail
brésilien à partir d'une analyse de
Droit comparé*

Par Emmanuel Teófilo Furtado Filho

Thèse de doctorat de Droit

Dirigée par Eric Canal-Forgues

Et

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Présentée et soutenue publiquement le 06 septembre 2018

Devant un jury composé de :


ERIC CANAL-FORGUES, Professeur à l'Université Paris Descartes (Sorbonne Paris Cité), Directeur de thèse

TARIN CRISTINO FROTA MONT'ALVERNE, Professeur à l'Université Fédérale du Ceará, Directeur de thèse

JOEL ANDRIANTSIMBAZOVINA, Professeur à l'Université de Toulouse, Rapporteur

ALICE ROCHA, Professeur à l'Université de Brasilia, Rapporteur

YANNICK LECUYER, Maître de Conférences à l'Université d'Angers

 Except where otherwise noted, this work is licensed under <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>

À mes parents, Luísa et Emmanuel ;

À Emily, mon amour ;

À ma sœur ; à mon frère.

Remerciements

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de thèse, *Monsieur le Professeur Eric Canal-Forgues*, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer mes recherches et pour les précieux conseils qu'il m'a prodigués tout au long de ce parcours. Je n'aurais pas pu achever ce travail sans son aide et sa rigueur. Je lui suis profondément reconnaissant de m'avoir permis d'exploiter mon idée, et de m'avoir fait grandir.

Je souhaite également remercier ma co-directrice de thèse, *Madame le Professeur Tarin Cristino Frota Mont'Alverne*, pour son soutien sans faille durant ces quatre années. De notre premier à notre dernier rendez-vous de thèse, elle a toujours su faire rimer exigence avec bienveillance. Cette étude n'aurait pas pu aboutir sans ses encouragements.

Je tiens ensuite à remercier les membres du jury d'avoir accepté de lire et de discuter cette thèse ; je suis honoré par leur présence.

Il y a enfin ceux sans qui tout cela n'aurait pas été possible. Merci à mes Parents et à Emily de m'avoir toujours soutenu au travers des épreuves de la vie, d'avoir cru en moi, et de m'avoir permis de me réaliser.

Liste des principales abréviations

ADL	Revue <i>Argomenti di Diritto del Lavoro</i>
Arch. Ph. Dr.	Archives de philosophie du droit
CA	Cour d'Appel
Cass Civl.	Cour de cassation (chambre civile)
Cass. Crim.	Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. Soc.	Cour de cassation (chambre sociale)
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIDH	Cour interaméricaine de droits de l'homme
CLT	Consolidation des lois du travail du Brésil (<i>Consolidação das Leis do Trabalho</i>)
DS	Revue Droit social
GG	Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne (<i>Grundgesetz</i>)
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des nations unies
RCLJ	Revue critique de législation et de jurisprudence
RDC	Revue internationale de droit comparé
RFDA	Revue française de droit administratif
RGL	<i>Rivista Giuridica del Lavoro</i>
RGLPS	<i>Rivista Giuridica del Lavoro e Previdenza Sociale</i>
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDL	<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>
ROA	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
SSL	Semaine sociale Lamy
STF	Tribunal suprême fédéral du Brésil (<i>Supremo Tribunal Federal</i>)
STJ	Tribunal supérieur de justice du Brésil (<i>Superior Tribunal de Justiça</i>)
STM	Superieur Tribunal Militaire du Brésil (<i>Superior Tribunal Militar</i>)
TCA	Tribunal constitutionnel allemand (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)
TIC	Technologies de l'information e de la communication

TJ	Tribunal de Justice du Brésil (<i>Tribunal de Justiça</i>)
TRF	Tribunal Régional Fédéral du Brésil (<i>Tribunal Regional Federal</i>)
TRT	Tribunal régional du travail du Brésil (<i>Tribunal Regional do Trabalho</i>)
TSE	Tribunal supérieur Electoral du Brésil (<i>Tribunal Superior Eleitoral</i>)
TST	Tribunal supérieur du travail du Brésil (<i>Tribunal Superior do Trabalho</i>)

Sommaire

Introduction.....	8
<u>Pemière Partie : Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à la vie privée</u>	55
Chapitre 1 : L'évolution de la technique du droit du travail	57
Section I : La construction de la technique.....	57
Section II : L'application de la technique.....	84
Chapitre 2 : Le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés	113
Section I : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits de la personnalité.....	117
Section II : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits fondamentaux.....	139
Chapitre 3 : L'état actuel des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur par le droit à la vie privée	180
Section I : Les droits en cause : le droit à la vie privée et le droit à propriété.....	181
Section II : Les solutions jurisprudentielles sur le conflit entre la vie privé et la propriété dans le milieu de travail.....	211
<u>Deuxième Partie : Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à l'autodétermination informationnelle</u>	227
Chapitre 1 : L'évolution de la technique en droit du travail : effets de la diffusion des TIC dans les pouvoirs de l'employeur	230
Section I : Du pouvoir de contrôle physique au pouvoir de contrôle électronique.....	231
Section II : L'insuffisance de la limitation traditionnelle du pouvoir de l'employeur....	261
Chapitre 2 : Le droit à l'autodétermination informationnelle comme limite au pouvoir de l'employeur face à la diffusion des TIC	276
Section I : Contribution du droit allemand : construction du droit à l'autodétermination informationnelle.....	277
Section II : La protection des données personnelles en niveau international.....	291
Chapitre 3 : Vers un droit à l'autodétermination informationnelle en droit brésilien ?	329
Section I : De la protection à la vie privée à la protection à l'autodétermination informationnelle en droit brésilien.....	329
Section II : Limites de l'autodétermination informationnelle à l'exercice des pouvoirs de l'employeur.....	341
Conclusion Finale.....	376
Bibliographie.....	391
Table des matières.....	442

Introduction

« Tout ce qui est techniquement possible
n'est pas forcément souhaitable¹. »

1. Présentation du sujet. L'observation du philosophe allemand Hans Jonas résume l'important défi pour la société et pour le droit résultant des avancées technologiques : la détermination de ses limites. Cette thèse traite d'une même rengaine : on prétend examiner l'impact de la croissante insertion de technologies de l'information et de la communication dans les entreprises pour des fins de contrôle des travailleurs subordonnés au rapport de pouvoir entre les sujets du contrat de travail, en démontrant que, face à ce phénomène, de nouveaux risques pour le droit à la vie privée des employés sont apparus, qui sont encore ignorés par le Droit du Travail brésilien. Notre désir est donc, à partir d'une analyse de droit comparé, en prenant en compte les normes de protection de données personnelles produites au sein du droit international et du droit de l'Union Européenne, de révéler qu'il y a un droit à l'autodétermination informationnelle dans les rapports de travail dissimulée derrière la dogmatique du droit brésilien et de proposer un modèle de limitation du pouvoir de l'employeur de disposer des informations concernant les travailleurs face aux principes de protection des données personnelles afin qu'il soit adopté par la voie législative, administrative et par la voie judiciaire en droit brésilien.

2. L'homme, technique et société. Nombreux sont les registres, dans la production culturelle occidentale, depuis la mythologie des peuples anciens², jusqu'aux

¹ Hans Jonas, *Une éthique pour la civilisation technologique* (Paris : Éditions du Cerf, 1990).

² Dans la mythologie hébraïque, voyons, par exemple, le mythe du Golem, créature d'argile confectionnée par l'homme pour l'aider dans ses activités, mais qui, s'il n'est pas bien contrôlé, pourra détruire son propre créateur. Voir : Arie Kaplan, *From Krakow to Krypton : Jews and Comic Books* (Philadelphia : The Jewish Publication Society, 2008). En revanche dans la mythologie grecque, par exemple, dans laquelle les divinités étaient conçues à l'image des hommes, Héphaïstos, dieu de la métallurgie, est connu pour construire des objets qui, en imitant les mortels, se déplacent d'eux-mêmes (*automatoi*) afin d'être à la disposition des dieux. « Voulant montrer la puissance de sa capacité démiurgique », il décide d'aller de l'avant dans ses recherches en créant les 'servantes d'or' : elles n'imitent point les mortels, mais les reproduisent. Elles sont considérées en tant qu'êtres vivants, « disposant d'intelligence (noos), de voix (*audê*) et de force (*Sthenos*). » Parmi les servantes d'or créées par Héphaïstos, se trouve Pandore, qui

pages de la littérature Contemporaine³, dans lesquels la fascination pour le perfectionnement de ses techniques est entreprise comme quelque chose qui rend l'homme humain, mais dont le résultat, d'une certaine manière, le déshumanise.

Dépasant les frontières de l'imaginaire populaire, l'idée que l'utilisation et le perfectionnement d'outils constitue l'humanité comme telle est également présente dans la Philosophie. Dans la pensée de Hannah Arendt, par exemple, « l'homme a besoin du monde de l'artifice pour manifester son humanité⁴ ». Conjointement avec le *labor*⁵ (le travail) et avec la *action*⁶ (l'action), la « condition humaine » proposée par l'auteure est composée par le *work* (l'œuvre), qui correspond à l'activité humaine de création d'une extériorisation artificielle, ayant vocation à durer plus longtemps que sa matière

détenait une boîte dont l'ouverture lui aura été défendue par Zeus. Cependant, elle finit par céder à sa curiosité en ouvrant la boîte, « libérant ainsi les maux qui y étaient contenus ». Elle voulut refermer la boîte pour les contenir ; hélas, il était trop tard. Seule l'Espérance, plus lente à réagir, y resta enfermée. Voir : Joël Schmidt, *Les 100 histoires de la mythologie grecque et romaine* (Paris : Presses Universitaires de France, 2018), 53 et s. Il se trouve encore dans l'imaginaire des mythes de la Grèce antique, l'histoire de Pygmalion et de Galatée, qui renvoie à une légende racontant l'histoire du sculpteur Pygmalion qui tombe amoureux de sa création, Galatée, une statue rendue vivante grâce à Aphrodite la déesse de l'amour qui comprend le vœu de Pygmalion. En commentant le mythe, Schmidt l'associe à la fascination de l'homme pour sa création. Voir : Schmidt, *Les 100 histoires de la mythologie grecque et romaine*, 262. Sur les caractéristiques des divinités grecques, parmi lesquelles celle d'êtres conçues à l'image des hommes, voir : Pierre Grimal, *La mythologie grecque* (Paris : Presses Universitaires de France, 2003).

³ Pour tous, nous citons, dans la littérature française, le roman fantastique *L'Ève future*, d'Auguste de Villiers de l'Isle-Adam, dans lequel le jeune Lord Ewald, souffre du fait d'être amoureux d'une femme très belle mais très sotte. Afin de remplacer cette femme dans le cœur du jeune homme, l'ingénieur Edison fabrique de toute pièce une androïde qui ressemble physiquement à son modèle humain, mais qui lui est spirituellement bien supérieure. Voir : Auguste de Villiers de l'Isle Adam, *L'Ève Future* (Arbre d'Or, Genève : Arbre d'Or, 2004). En commentant l'œuvre, le professeur de littérature française, Jean-Christophe Valtat remarque que l'avance technologique et ses effets d'humanisation et de déshumanisation lui est sous-jacente : « le sentiment amoureux constitue en soi un paradoxe : il est à la fois définitoire du proprement humain et, en même temps, du fait de la surestimation projective qu'il comporte, il implique la possibilité d'une illusion portant sur un objet qui, lui, ne serait pas humain. » Jean-Christophe Valtat, "Reproduction, simulation, performance. L'Ève future de Villiers de l'Isle-Adam," *Tracés : Revue de Sciences Humaines*, no. 16, (2009) : 151-164.

⁴ « Mais la vie elle-même, continue l'auteure, est en dehors de ce monde artificiel, et par la vie l'homme demeure lié à tous les autres organismes vivants. » Hannah Arendt, *The Human Condition*, (Chicago : University of Chicago Press, 1958). On utilise ici la traduction brésilienne de Roberto Raposo, avec introduction de Celso Lafer : Hannah Arendt, *A condição humana*, trans. Roberto Raposo (Rio de Janeiro : Forense, 1981), 91. La traduction en français des morceaux cités est nôtre.

⁵ Pour Arendt, le *labor* (travail) est considéré comme étant « l'activité qui correspond au processus biologique du corps humain, dont la croissance spontanée, le métabolisme, et un éventuel déclin sont liés aux nécessités vitales produites par le travail pour alimenter le processus de la vie. La condition humaine du travail est la propre vie ». Arendt, *A condição humana*, 91. Il s'agit donc d'une activité dont le seul but est de satisfaire aux nécessités de base de la vie, et qui ne laisse aucune trace durable, dès lors que son résultat disparaît dans la consommation.

⁶ Quant à *action* (l'action), elle est la « seule activité exercée directement parmi les hommes, sans médiation des objets ou de la matière », cette activité humaine fondamentale « correspond à la condition humaine de la pluralité, au fait que les hommes, et non pas l'Homme, vivent sur terre et peuplent le monde ». Arendt, *A condição humana*, 91.

biologique⁷ et qui, aussitôt après avoir été créée, subsiste indépendamment de la volonté des hommes⁸, ou autrement dit, qui serait l'aptitude à transformer le monde, lui ajoutant des configurations matérielles, une aptitude qui, selon l'auteure, correspondrait à l'artificialisme de l'existence humaine⁹.

Développement technique et humanité sont également abordés par l'anthropologie physique, dans l'approche de André Leroi-Gourhan, qui considère « qu'il n'existe pas deux faits typiquement humains dont l'un serait la technique et l'autre le langage¹⁰ ». L'anthropologue français démontre que le développement de la technique, tout comme celui du langage, constituent les deux éléments qui ont fait que l'homme soit différent des autres espèces animales, en prenant conscience de la propre existence¹¹. Pour l'auteur, l'utilisation d'appareils visant à satisfaire les besoins immédiats et particuliers de l'homme et de lui permettre de vivre en harmonie avec son propre environnement a toujours été présent au cours de son évolution biologique. Plus précisément, on délimite la phase de la station verticale¹², comme étant le moment où, en même temps, l'homme a commencé à développer le langage et à utiliser, comme des outils, non seulement les propres mains, mais aussi des instruments, comme s'ils étaient le prolongement du propre corps¹³, de telle forme que le développement de la technique « imitait l'évolution phylétique au point qu'on pouvait se demander dans quelle mesure elles n'étaient pas l'exact prolongement du développement général des espèces¹⁴ ».

⁷ « Elle n'est pas incrustée dans le cycle de vie toujours récurrent de l'espèce et dont la mortalité n'est pas compensée par ce cycle. » Arendt, *A condição humana*, 91.

⁸ « À l'intérieur de ses frontières habite chacune des vies individuelles, quoique ce propre monde soit destiné à survivre et à toutes les transcender. » Arendt, *A condição humana*, 91.

⁹ L'œuvre est donc la production d'un « monde fait de choses » qui, dotées d'une certaine durabilité, « prêtent à l'artifice humain la stabilité et la solidité sans lesquelles on ne pourrait pas s'attendre à ce qu'il serve d'abri à la créature mortelle et instable qu'est l'homme ». Arendt, *A condição humana*, 91.

¹⁰ André Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole II : La mémoire et les rythmes* (Paris : Albin Michel, 1965), 259.

¹¹ « Un des résultats de l'étude simultanée de l'homme sous les angles de la biologie et de l'ethnologie est de montrer le caractère inséparable de l'activité motrice (dont la main est l'agent le plus parfait) et de l'activité verbale. Il n'existe pas deux faits typiquement humains dont l'un serait la technique et l'autre le langage, mais un seul phénomène mental, fondé neurologiquement sur des territoires connexes et exprimé conjointement par le corps et par les sons. La prodigieuse accélération du progrès à partir du déverrouillage des territoires préfrontaux est liée à la fois au déversement du raisonnement dans les opérations techniques et à l'inféodation de la main au langage dans le symbolisme graphique qui aboutit à l'écriture. » Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole II*, 259-260.

¹² Quand la station verticale aboutit au déverrouillage préfrontal et où émergent ainsi des possibilités cérébrales nouvelles, « les techniques s'élèvent dans un mouvement ascensionnel foudroyant ». André Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole I : Technique et langage* (Paris : Albin Michel, 1964), 152.

¹³ « Dans un très long développement, chez les Australanthropiens et les Archanthropiens, les techniques paraissent suivre le rythme de l'évolution biologique et le chopper, le biface, semblent faire corps avec le squelette. » Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole I*, 152.

¹⁴ Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole I*, 153.

Avec l'extériorisation progressive de l'outil par rapport à la main, il surgit une mémoire dont tout le contenu appartient à la société. Tout se passe comme si l'homme substituait son cerveau naturel à des cerveaux toujours plus superficiels et la conséquence de cela en est l'existence d'une mémoire sociale se substituant à une mémoire organique. Ainsi, si d'un côté, les techniques qui faisaient en quelque sorte « corps avec le squelette », se dégagent du corps pour mener une « vie indépendante », les techniques désormais jouissent d'une force d'évolution qui leur est propre et elles tendent à « échapper même, à la fin, avec les machines automatiques, à l'emprise de l'homme¹⁵ ». En effet, « la société remplace l'espèce », c'est à dire, si l'individualité conditionne la création des mécanismes de prolongement artificiel, ceux-ci, insérés dans une mémoire collective, indépendante du corps, conditionnent l'individu¹⁶. C'est dans cette influence mutuelle que se développe une « insertion dans l'existence » qui, de ses formes éruptives aux plus symboliques, trame l'appui pragmatique de toute exploration efficace, de toute activité créatrice¹⁷.

L'idée suivant laquelle l'utilisation et l'amélioration d'outils constitue l'humanité autant que tel se révèle également dans les abordages de la sociologie¹⁸, dont les études contribuent, souvent, à ajouter à cette constatation un certain air d'historicité¹⁹.

¹⁵ Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole I*, 140.

¹⁶ Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole I*, 152 et s.

¹⁷ Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole II*, 81-82 et 102 et s. Cette influence de la structure sociale sur le plan psychologique individuel est aussi présente dans la pensée de l'anthropologue Claude Lévi-Strauss : « Chaque homme ressent en fonction de la manière dont il est permis ou prescrit de se conduire. Les coutumes sont données comme normes externes, avant d'engendrer des sentiments internes, et ces normes insensibles déterminent les sentiments individuels, ainsi que les circonstances où ils pourront, ou devront, se manifester. » Lévi-Strauss, *Le Totémisme aujourd'hui* (Paris : Presses Universitaires de France, 1962), 105.

¹⁸ Comme dans les travaux du sociologue Pierre Lévy, pour qui « non seulement les techniques sont imaginées, fabriquées et réinterprétées durant leur utilisation par les hommes, mais également c'est la propre utilisation intensive d'outils qui constitue l'humanité comme telle [...]. C'est le même homme qui parle, qui enterre ses morts et taille le silex. En se propageant jusqu'à nous, le feu de Prométhée cuit les aliments, durcit l'argile, fond les métaux, alimente la machine à vapeur, court dans les câbles de haute-tension, brûle dans les centrales nucléaires, explose dans les armes et les machines de destruction. Avec l'architecture qui le protège, le réunit et l'inscrit sur la terre ; avec la roue et la navigation qui ont ouvert ses horizons ; avec l'écriture, le téléphone et le cinéma qui l'ont infiltré de signes ; avec le texte et le textile qui, en entrelaçant la variété des matières, des couleurs et des sens, ont déroulé à l'infini les superficies ondulées, luxueusement garnies, de leurs intrigues, leurs tissus et leurs voiles, le monde humain est en même temps technique. » Pierre Lévy, *Cibercultura*, trans. Carlos Irineu da Costa (São Paulo : Editora 34, 1999) 21-22.

¹⁹ Au sujet de l'historicité montrée dans une évolution civilisationnelle en fonction de l'évolution technique, on voit, par exemple, la classification proposée par les sociologues canadiens Marshall Mac Luhan et Quentin Fiore, qui représentent l'évolution des sociétés humaines en âges, en fonction de la capacité technique développée pour réaliser la communication. Marshall Mac Luhan et Quentin Fiore, *War and peace in the global village* (Bantam : Mass Market Paperback, 1968), 46 et s. Le nord-américain Walter Ong écrit aussi sur une transition de la culture orale à la culture écrite, et de la culture écrite à la culture multimédia. Walter Ong, *Orality and Literacy : The Technologizing of the world* (Londres, New York : Methen, 1982). Pour un panorama ici des théories dites historicistes, vérifier, en langue française : Jos de

En effet, à chaque civilisation, chaque aire historico-géographique construit son mode d'appropriation et d'intégration des techniques, donnant lieu à des configurations communicationnelles multiples avec leurs divers niveaux, qu'ils soient économique, social, technique ou mental, et leurs différentes échelles, locale, nationale, régionale ou transnationale²⁰. Ainsi, la capacité humaine, de par la fabrication et l'utilisation d'outils, de modifier le monde artificiellement n'a pas seulement eu le pouvoir, comme pour le langage, d'élever les hommes dans un univers symbolique qui les fait se rappeler de leur propre existence, mais elle est également un facteur dont le développement conditionne chaque individu et chaque société humaine, lesquelles conditionnent aussi celles-là²¹.

Toutefois, si le langage est une donnée stable, il n'en est pas de même avec les outils. C'est pour cette raison, comme l'a remarqué Leroi-Gourhan, qu'au long de son évolution, l'homme ait dû apprendre à séparer toujours plus fréquemment la stabilité de son corps biologique - dont la transformation se situe dans l'échelle des temps géologiques - de l'évolution de ses outils, liée au rythme des générations successives. Il explique que, lors de chaque avancée considérable dans la technique, il a été « indispensable pour que l'espèce survive », que l'homme trouve une « accommodation » : « cette accommodation, qui n'intéresse pas seulement les habitudes techniques mais qui, à chaque mutation, entraîne la refonte des lois de groupement des individus²². » C'est parce que l'évolution et la diffusion de la technique est, parfois, telle que « l'humanité change un peu d'espèce chaque fois qu'elle change à la fois d'outils et d'institutions²³. »

Apportant l'analyse jusqu'aux balises du droit, puisqu'elles sont insérées dans une même culture, droit et technique se relationnent et se conditionnent constamment. À chaque introduction significative d'une nouvelle technologie, il se crée un « état nouveau de ces forces²⁴ » qui provoque une série de situations nouvelles et

Mul "De Homo erectus à Homo Sapiens : le cyber espace pour les Darwinistes," *Cahiers Sens Public* 7-8, no. 3, (2008) : 127-144.

²⁰ Dans ce sens, Pierre Lévy, *World Philosophie : le marché, le cyberspace, la conscience* (Paris : Éditions Odile Jacob, 2000).

²¹ Non seulement chez Leroi-Gourhan, mais aussi dans la pensée déjà rapportée de Hannah Arendt il existe ce caractère d'influence mutuelle : « l'objectivité du monde » et la condition humaine se complètent l'une et l'autre, étant une existence conditionnée, l'existence humaine serait impossible sans les choses et celles-ci formeraient un tas d'articles incohérents, un non monde, si ces articles n'étaient pas des conditionneurs de l'existence humaine. Arendt, *A condição humana*, 90 et s.

²² Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole II*, 51.

²³ Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole II*, 50.

²⁴ C'est comme le dit le sociologue français Jacques Ellul, un érudit du phénomène technicien : « Arrivée à son plein développement, la technique entraîne une mutation des rapports de production, et ceux-ci sont reconstruits en fonction de l'état nouveau de ces forces de production, c'est à dire de la technique. » Jacques

« engendrent à leur tour des besoins et des valeurs²⁵ ». Face à ces changements, le droit, sans nul doute l'une des premières techniques immatérielles dont l'homme se soit doté, n'y est pas indifférent²⁶.

En vérité, la pérennité d'un système juridique dépend de sa capacité à relier son être et son devoir être, et à canaliser la dynamique qu'ils entretiennent mutuellement, c'est à dire « dépend de sa capacité à relier les conditions concrètes d'existence de la société qu'il régit, avec l'imaginaire normatif qui spécifie cette société²⁷ ». Parmi les « accommodations » rencontrées par l'homme pour contenir les effets désastreux face à une avancée technique, le droit du travail et l'idée d'un principe juridique de protection de la vie privée, en sont, sans aucun doute, deux d'entre elles.

3. Évolution technique et droit du travail. L'essor du capitalisme industriel en Europe a été marqué par l'invention et la diffusion²⁸ de techniques - comme l'énergie artificielle ; la machine à vapeur²⁹ et l'horloge mécanique³⁰ -, qui ont apporté des

Ellul, *Changer de révolution, l'inéluctable prolétariat* (Paris : Le Seuil, 1982), 31. Dans le même sens, va la pensée de Denninger, représentant de la philosophie morale allemande, qui nous avertit du fait important que le droit est toujours à l'écoute des changements sociaux provoqués par l'innovation technologique, car « la technologie influence la société par sa propre dynamique, la façonnant suivant un caractère propre, lequel se reflète dans l'expérience politique et culturelle d'une société ». Erhard Denninger, "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno," *Doxa* 372, no. 14, (1993) : 371.

²⁵ Melvyn Claxton, "La culture et la technologie dans l'équation du développement," in *Dossier d'information sur le thème de la Décennie pour 1994 : Culture et Développement*, ed. UNESCO (Paris : UNESCO, 1994), 39-40.

²⁶ Dans ce sens, Bernard Edelman : « si le droit ne juge pas la science, il n'en demande pas moins que la science existe et qu'elle produise des effets sur l'ordre juridique. La biologie a bouleversé la vision juridique de l'homme et de la nature, l'informatique, celle du droit d'auteur et des droits de la personnalité, le nucléaire a renouvelé l'idée de souveraineté et de responsabilité. » Bernard Edelman, *La personne en danger* (Paris : PUF, 1999), 377.

²⁷ Alain Supiot, *Grandeur et misère de l'État social* (Paris : Fayard, 2013), 26, <http://books.openedition.org>.

²⁸ En ce qui concerne une *Révolution Industrielle*, Curien et Muet rappellent que « ce qui la caractérise n'est pas tant l'apparition d'une nouvelle technologie, car cela se produit presque à chaque instant et il est dans la nature profonde d'une économie de marché d'engendrer de nouvelles technologies et de nouveaux produits. Ce qui définit plutôt une révolution, ce sont les changements qu'entraîne la diffusion d'une technologie dans la façon de produire et de consommer, ou dans les relations de travail, ou encore dans l'aménagement de l'espace et le développement urbain. » Nicolas Curien et Pierre-Alain Muet, *La société de l'information* (Paris : La Documentation Française, 2004), 9.

²⁹ L'importance de l'énergie artificielle et de la machine à vapeur est renforcée dans ce processus par le sociologue Pierre Ducassé. Voir : Pierre Ducassé, *Histoire des techniques* (Paris : PUF, 1946), 101-105.

³⁰ L'historien français Jacques Le Goff, quant à lui, met l'accent sur l'invention et la diffusion de l'horloge mécanique, qui aurait permis de produire un temps géométriquement mesuré et découpé, et, ainsi, la réalisation d'un contrôle du temps et l'imposition aux travailleurs d'un respect du temps de travail et d'une discipline, caractérisant ce qu'il a appelé une transition entre le « temps de l'église » et le « temps du marchand ». Jacques Le Goff, "Au Moyen-Âge : Temps de l'Église et temps du marchand" in *Pour un autre Moyen-Âge : Temps, travail et culture en occident*, ed. Jacques Le Goff (Paris : Gallimard, 1977), 46-65. Considérant la diffusion de l'horloge comme un fait essentiel de l'industrialisation, mais dans le contexte anglais, vérifier : Edward P. Thompson, *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel* (Paris : La Fabrique, 2004).

modifications non seulement dans la façon de produire et de consommer, dans l'aménagement de l'espace et le développement urbain, mais, en particulier, dans la manière de travailler. La diversité des travaux humains désormais « se fond dans une même valeur abstraite³¹ », qui confirme une supériorité économique et politique du mode industriel de production³². Le travail s'organise désormais prioritairement³³ au sein des industries.

Dans la mesure où le profit dépend de l'obtention d'un « surtravail³⁴ », le travail industriel se caractérisera par une forte action de direction, de surveillance et de discipline au service de l'employeur et sous forte hiérarchisation³⁵. Tant et si bien que, considérant la mécanisation, la dépendance économique, la féminisation/infantilisation et la hiérarchie, Marx développe l'idée de « surveillance despotique³⁶ », sur laquelle Foucault, évoquant la « discipline d'atelier » et ses « machines disciplinaires », écrit : « la division du travail et l'élaboration des procédés disciplinaires ont entretenu un ensemble de rapports très serrés³⁷. »

³¹ Dans ce sens, Alain Supiot, "Les nouveaux visages de la subordination," *Droit Social* 2, no. 2, (2000) : 131, se référant à la théorie de Karl Marx du « travail abstrait », selon laquelle la grandeur de la valeur d'une marchandise est définie par le temps de travail moyen socialement nécessaire à sa production, qu'il définit comme « travail abstrait ». Cette théorie a été introduite par Marx notamment dans Karl Marx, *L'introduction générale à la critique de l'économie politique I* (Paris : L'altiplano, 2008), 258 et s.

³² Sur la formation de la dite « société industrielle », dans le domaine de l'histoire économique et sociale, voir : Raymond Aron, *Dix-huit leçons sur la société industrielle* (Paris : Gallimard, 1989). Vérifier aussi : Philippe J. Bernard, *Histoire du développement économique* (Paris : Marketing, 1989). Pour une critique du concept de société industrielle, Richard Badham, "The Sociology of Industrial and Post-Industrial Societies," *Current Sociology* 21, no. 1, (1984) : 1-141.

³³ Il faut cependant être attentif au fait que le processus de ce qu'on appelle la *Révolution Industrielle* est d'une grande complexité, car il rassemble encore des formes proto-industrielles, le travail domestique et la production artisanale qui gardent encore un poids énorme dans l'occupation des individus et dans la propre industrie en formation des pays capitalistes Jacques Le Goff, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours* (Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004), 30-31.

³⁴ Pour Marx, le temps de travail du prolétaire se divise en temps de travail nécessaire et temps de « surtravail ». Le travail nécessaire est le travail que le travailleur effectue pour assurer la production et la reproduction de sa propre force de travail, c'est à dire le travail qu'il lui faut fournir pour satisfaire ses besoins et se reproduire. Le surtravail est le travail accompli au-delà du temps de travail nécessaire, donc effectué gratuitement pour le compte du détenteur du capital qui achète la force de travail. Karl Marx, *Le Capital I*, (Paris : Garnier-Flammarion, 1969), 306 et s.

³⁵ Écrivant en 1885, Delecroix cite l'étude du Ministre des travaux Publics de Belgique, Charles Saintelette, qui a observé que « l'ouvrier est devenu un soldat, presque un automate. Sa fonction est surtout l'obéissance. L'autorité d'une part, la discipline de l'autre, sont poussées aussi loin que possible » Delecroix, "Le contrat de travail. Étude des propositions de loi concernant les ouvriers mineurs," *Revue de la législation des mines*, sans numéro, (1885) : 67-68. L'œuvre de Saintelette citée par Delecroix est celle-là : C. Saicetelette, *De la responsabilité et de la garantie* (Bruxelles : Bruyland-Christophe, 1884).

³⁶ Marx, *Le Capital I*, 306.

³⁷ Michel Foucault, *Surveiller et punir* (Paris : Gallimard, 1975), 222-223.

La forme d'imposition de la hiérarchie dans l'industrie, c'est à dire, la forme d'exercer ce pouvoir, soit directement par l'employeur, soit par le contremaître³⁸, prend des airs de scientificité, jointe au développement des premières théories de gestion humaine³⁹, lesquelles ont comme souci « d'assurer la viabilité, sociale et économique, de la direction/subordination technique associée à cette hiérarchie, c'est à dire : légitimité de cette hiérarchie vis-à-vis des ouvriers, efficacité dans son action, contrôlabilité de cette action par les directions⁴⁰ ». Dans son œuvre *The Principles of Scientific Management*, publiée en 1911⁴¹, Winslow Taylor, sans aucun doute l'un des auteurs les plus expressifs dans ce mouvement⁴², conçoit qu'une production efficace est liée essentiellement à un contrôle et à une surveillance des travailleurs⁴³. Tout le travail de conception ou de planification de l'entreprise doit être prélevé du travail des travailleurs et centralisé dans

³⁸ Les contremaîtres jouaient un rôle-clé dans les améliorations des temps de travail : ils n'avaient pas seulement la tâche d'enseigner, mais aussi bien « d'inciter » à travailler. En France, c'est Cottureau qui nous raconte que d'abord, le contremaître provoque des tensions sociales par son exercice sévère, et parfois injuste, de l'autorité. « Le contremaître est souvent dur et partial [...]. Il croit mieux commander le respect en affectant la rudesse. Ce comportement malheureux est intimement lié à son passé ouvrier : sorti des rangs, il a la hauteur des parvenus. Ce contremaître commet au profit ou plutôt au préjudice de son patron de maladroits excès de zèle qui frisent l'injustice et irritent la droiture naturelle des ouvriers. À l'origine de la « question ouvrière », il y a donc le contremaître. » A. Cottureau, "Droit et bon droit. Un droit des ouvrières instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle)," *Annales Histoire, sciences sociales*, no. 6, (2002) : 1546. Dans le même sens, François Jarrige et Cécile Chalmin, "L'émergence du contremaître. L'ambivalence d'une autorité en construction dans l'industrie textile française (1800-1860)," *Le Mouvement Social* 221, no. 3, (2008) : 47-60. Démontrant son importance dans la fiscalisation exercée par les contremaîtres dans le contexte de l'industrialisation italienne, Andrea Caracausi, *Dentro la bottega, Culture del lavoro in una città d'età moderna* (Venise : Marsilio, 2008). Pour l'analyse du rôle des contremaîtres dans la hiérarchisation de la société nord-américaine, au moment de son industrialisation, se référant à ce qu'il appela « l'empire du contremaître » au tournant du siècle, voir : Daniel Nelson, *Managers and workers : origins of the new factory system in the USA (1880-1920)* (Madison : University of Wisconsin Press, 1975).

³⁹ Au sujet des théories scientifiques de l'organisation du travail, au tournant du XIXème au XXème siècle, vérifier l'impeccable analyse de Georges Friedmann, *La crise du progrès : Esquisse d'une histoire des idées (1895-1935)* (Paris : Gallimard, 1936).

⁴⁰ Dans ce sens, Philippe Lefèbvre, "Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)," *Entreprise et histoire*, 57, no. 4, (2009) : 45-78.

⁴¹ Nous utiliserons ici une version en portugais de l'œuvre. La traduction en français des morceaux cités est nôtre. Frederick Winslow Taylor, *Princípios de administração científica*, trans. Arlindo Vieira Ramos (São Paulo : Atlas, 1990).

⁴² À côté, par exemple, du français Henri Fayol, *Administration Industrielle et générale* (Paris : Dunod, 1999). Sur le Fayolisme, vérifier Donald Reid "Genèse du Fayolisme," *Sociologie du Travail* 19, no. 1, (1986) : 75-93.

⁴³ Dans ce sens, selon Talyor, « une étude du travail comporte au moins cinq phases » : « Trouver dix à quinze ouvriers (si possibles dans différentes entreprises et dans différentes régions) qui soient particulièrement habiles dans l'exécution du travail à analyser. Définir la série exacte de mouvements élémentaires que chacun de ces ouvriers accomplit pour exécuter le travail analysé, ainsi que les outils et matériels dont ils se servent. Déterminer avec un chronomètre le temps nécessaire pour faire chacun de ces mouvements élémentaires et choisir le mode le plus simple de leur exécution. Éliminer tous les mouvements mal conçus, ceux qui sont lents ou sans utilité. Après avoir ainsi supprimé tous les mouvements inutiles, réunir en un séquence les mouvements les plus rapides et les meilleurs permettant d'employer les meilleurs matériels et outils. » Taylor, *Princípios de administração científica*, 23.

les départements ad hoc⁴⁴, lesquels sont chargés, parmi d'autres, de l'étude détaillée des mouvements des travailleurs⁴⁵ ou du temps dédié à chaque tâche - en utilisant des moyens de contrôle comme des chronomètres ou des cahiers, ceux-ci utilisés pour compter, ceux-là utilisés pour annoter le rendement du travail - et cela pour obtenir une standardisation des travailleurs tout comme la standardisation des produits et des outils, et la détermination d'un système de récompenses et de punitions et d'une rigoureuse sélection des ouvriers. Spécialement après la Première Guerre Mondiale, comme nous l'apprend Supiot, la gestion industrielle de l'humain « n'a plus été cantonnée aux usines, mais s'est affirmée comme principe général de gouvernement, en temps de paix comme en temps de guerre⁴⁶ ». Elle se consolide donc depuis la fin du XIXème siècle, en s'accroissant à partir du début du XXème siècle, une « grande transformation hiérarchique⁴⁷ » dans les rapports de travail, spécialement générée par la révolution technique, laquelle a conduit à un bouleversement du rôle, jusqu'à la limite, de la hiérarchie et au déclin, ou au moins à l'altération profonde, des autres formes d'organisation, comme métiers, équipes, tâcheronnat, etc. et à une forte élévation des tâches d'allocation au travail, de contrôle du travail ex post et d'intensification-surveillance du travail par la hiérarchie.

Comment assimiler le contrat de location de services, signe de liberté dans l'exécution du travail⁴⁸, à un travail divisé, surveillé, encadré et hiérarchisé⁴⁹, développé

⁴⁴ « L'ouvrier est incapable de comprendre sans l'orientation et l'aide de collaborateurs et de chefs, soit par manque d'instruction, soit par capacité mentale insuffisante » Taylor, *Princípios da administração científica*, 34.

⁴⁵ Non seulement chez Taylor, mais tout le mouvement de gestion scientifique du travail humain étudiait la physiologie du mouvement, déterminant la meilleure façon d'agir, le temps requis pour l'accomplissement du geste d'où le développement de chronométrage qui sera particulièrement critiqué dans la méthode Taylor. Ces théories qui débouchent sur une standardisation du geste et du rythme de travail, sont accompagnées d'une réflexion sur l'adaptation des outils et sur la décomposition des tâches. Dans ce sens, Georges Friedmann, *Problemas humanos del capitalismo industrial*, trans. Maria Elena Vela (Buenos Aires : Sudamérica, 1902), 63 et s.

⁴⁶ Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total* (Paris : Seuil, 2010), 11-12. Dans le même sens, Olivier Simioni, qui considère que « le taylorisme est en fait devenu bien plus qu'une doctrine de management d'entreprise et on peut même considérer qu'il est devenu une nouvelle philosophie sociale ». Olivier Simioni, "Un nouvel esprit pour le capitalisme : la société de l'information ?," *Revue européenne des sciences sociales* XL, no. 123, (2002) : 84.

⁴⁷ Expression utilisée par Philippe Lefèbvre. Pour une analyse détaillée des facteurs de cette « grande transformation hiérarchique » et des processus de cette transformation dans les principaux secteurs de grande industrie à l'époque, voir Philippe Lefèbvre, *L'invention de la grande entreprise. Travail, hiérarchie, marché (France, fin XVIIIème- début XIXème siècles)* (Paris : PUF, 2003), 157-193 et 195-218.

⁴⁸ En statuant sur le travail, les articles du Code Civil français consacrés à réguler la relation de travail ont voulu traduire la manière libre de considérer le travail, consacrée depuis le décret d'Allarde, du 16 février 1791, disposait « qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce, d'exercer telle profession, art ou métier que bon lui semble ». Dans ce sens, Lefèbvre, "Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)," 71.

⁴⁹ On rappelle que « hiérarchie », au sens occidental et moderne du mot, est « une échelle de commandement, où les instances inférieures sont, en succession régulière, englobées dans les supérieures »

dans la grande industrie, organisé conformément aux techniques scientifiques de gestion du travail humain, soumis au rythme des machines dans les usines et sous le regard constant et parfois imprévisible des agents du maître ?⁵⁰ Le Droit du Travail, en tant que branche juridique autonome, apparaît, dans ce cas, dans le but d'apporter une accommodation résolutive à cette question⁵¹.

Le processus d'autonomie dogmatique du Droit du Travail⁵² par rapport au Droit Civil, est de dire, la constatation, au cours de l'évolution des études juridiques, que les contrats d'inspiration romaine qui jusqu'alors réglementaient le travail⁵³, comme aussi la technique de droit privé commun, étaient insuffisants pour régler le rapport de travail dans l'industrie ; et la construction graduelle de principes juridiques propres aptes à les encadrer⁵⁴, a été déclenchée par cette conjoncture d'un net déséquilibre des pouvoirs dans

et dérive du modèle de la hiérarchie militaire. Dans ce sens, Louis Dumont, *Homo hierarchicus. Le système de castels et ses implications*, (Paris : Gallimard, 1966), 45 et s.

⁵⁰ Pas seulement des maîtres, mais aussi des contremaîtres, comme rappelle Lefbèvre : « les effectifs de contremaîtres s'étaient énormément accrus, en valeur absolue et surtout en proportion, et leur rôle s'était considérablement transformé et étoffé, se rapprochant de la représentation moderne de l'autorité hiérarchique, en charge de commander et de surveiller. » Lefebvre, "Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)," 71.

⁵¹ Cottureau écrit : « Le droit du travail naissant avançait ainsi, en France, sur le terrain juridique, les prétentions gestionnaires du taylorisme et du fordisme » A. Cottureau, "Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France XIXème siècle)," 1557.

⁵² On comprend par *autonomie* d'une branche du droit l'existence, en elle-même, d'un champ thématique vaste et spécifique, aux théories et méthodologies propres. Dans ce sens, Alfredo Rocco, *Corso di diritto commerciale*, (Padova : La Litotipo editrice universitaria, 1921), 76. Dans le même sens, y ajoutant également comme condition d'autonomie d'une branche juridique l'existence de perspectives et de questionnements spécifiques et propres, en contre-opposition aux prévalents dans les champs proches ou corrélés., voir : Mauricio Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho* (São Paulo : LTr, 2016), 72 et Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho* (São Paulo: Saraiva, 2012), 346-350. Dans le même sens, en droit français, Alain Supiot, "Pourquoi un droit du travail ?," *Droit Social*, no. 6, (1990) : 486-492. Sur l'autonomie du Droit du Travail dans le système de la *common law*, voir Ala Bogg et. all., *The autonomy of labour law* (Oxford : Hart Publishing, 2015).

⁵³ Dans l'Europe continentale, sous l'influence de l'approche romaniste telle qu'elle avait été revisitée par le code Napoléon, le rapport de travail était assimilé à une forme de contrat de louage. En France, par exemple, il existe le contrat de service, représenté dans trois articles du Code Civil : l'article 1780, toujours en vigueur, qui proscrit l'engagement à vie, et de l'article 1781, abrogé en 1868, qui réglait au bénéfice du maître la question de la preuve du paiement des gages. Dans le droit germanique à ce moment, le projet de BGB expédiait le contrat de louage de services en quelques articles, qu'il rangeait dans la section « divers rapports d'obligation », à côté de la vente des baux à ferme et à loyer. Au Brésil, depuis la création du premier code civil (qui entra en vigueur en 1917) jusque dans les années 1930, les relations de travail étaient aussi régies par le contrat de location de services (art. 766-768). On attire l'attention sur le fait que, depuis l'indépendance du Brésil (1822) jusqu'en 1917 il y eut maintes tentatives de création d'un code civil, toutes ayant été frustrées. Selon Teixeira de Freitas, juriste chargé de l'élaboration de l'un des codes, la difficulté pour arriver à une codification a eu lieu pour la raison qu'il existe encore dans le pays la possibilité de travail esclave formel, ce qui « rendait impossible sa conceptualisation juridique. » il interrogeait : « comment légiférer sur des êtres humains qui parfois étaient des choses, parfois des gens ? » Sa proposition pour remédier à ce problème, la confection d'un Code Noir, ne serait jamais écrite, de même que son propre projet de code civil. Dans ce sens, Ponte de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro* (São Paulo : Forense), 55 et Keila Grinberg, *Código Civil e cidadania*, (São Paulo : Jorge Zahar, 2001), 50-51.

⁵⁴ C'est-à-dire, dans la construction de ceux qui composeraient, donc, cette discipline autonome, le Droit du Travail.

la relation de travail industriel : l'employeur, unilatéralement, détient le pouvoir de diriger, surveiller et punir l'employé. Parfois fondés sur la disproportion dans l'objet du contrat (tandis que l'employeur assume un compromis sur un bien - le salaire -, le travailleur engage le propre corps dans la relation, se comportant, en même temps, en sujet et objet⁵⁵) ; parfois en mettant l'accent sur ses effets, qui rendraient le rapport de travail incompatible avec les principes de base du droit privé, comme celui de l'égalité contractuelle et celui de l'interdiction de la justice privée⁵⁶, les pouvoirs de l'employeur ont été le motif des réflexions juridiques ayant conduit au processus de développement dogmatique du Droit du Travail. Comme l'a constaté le juriste français Delecroix, vers le milieu du XIX^{ème} siècle, « subordination implique protection⁵⁷ ».

Ainsi, face aux changements socio-économiques provoqués par l'évolution technique, qui ont soumis un siècle de travail humain aux transformations d'une amplitude inédite à l'échelle des temps historiques, des masses de travailleurs ont été exposées à de nouveaux risques physiques, économiques et personnels et soumises à une situation de sujétion face à une technique d'organisation du travail basée sur une forte hiérarchie. Le Droit du Travail, en conséquence, est apparu comme « technique d'humanisation de la technique⁵⁸ ». En protégeant la santé et la sécurité physique et économique pour la vie humaine, il a été utile pour contrôler les machines et les mettre au service du bien-être des hommes, au lieu de mettre leurs vies en péril, en ayant en plus rendu durable économiquement et politiquement l'exploitation du travail vu comme marchandise⁵⁹. Quoique ayant des réglementations diverses pour chaque pays, le souci

⁵⁵ Dans ce sens, les auteurs indiquent le fait que la dichotomie « personnes » et « biens » enracinée dans la théorie du droit privé, ne soit pas apte à réglementer le rapport de travail étant donné qu'en lui, le travailleur compromet son propre corps- étant sujet à des risques physiques, etc.-, étant, ainsi, en même temps, sujet et chose. Supiot, *Critique du droit du travail*, (Paris : PUF, 2011), 7 et s.

⁵⁶ La juriste portugaise Maria do Rosário Palmas Ramalho, par exemple, dans son œuvre *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, attire l'attention sur le pouvoir de punition de l'employeur dans le rapport de travail, comme facteur décisif pour l'autonomie du Droit du Travail. Cette prérogative attribuée à l'employeur permet que, dans un contrat de droit privé, l'une des parties, non seulement définisse unilatéralement les infractions contractuelles dans l'abstrait, mais aussi puisse juger l'autre partie pour des cas de non-accomplissement et en outre applique lui-même une sanction contractuelle, ce qui léserait des principes de base du droit privé commun, comme celui de l'égalité contractuelle et celui de l'interdiction d'une justice privée. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Do fundamento do poder disciplinar laboral* (Coimbra: Almedina, 1993).

⁵⁷ Delecroix, "Le contrat de travail. Étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs," 68.

⁵⁸ Comme le montre Supiot, en analysant les origines de l'État social. Supiot, *Grandeur et misère de l'État Social*, 23.

⁵⁹ Delgado observe que « Tout droit est théologique, finaliste, en proportion dans laquelle il incorpore et réalise un ensemble de valeurs socialement considérées comme importantes. Le Droit du Travail n'échappe pas à cette configuration à laquelle est soumis tout phénomène juridique. En vérité, le droit du travail se distingue des autres branches du droit précisément dans l'acte de mener à un certain point culminant ce caractère téléologique qui caractérise le phénomène du Droit, car il incorpore une valeur finale essentielle,

quant aux effets du déséquilibre des pouvoirs à leurs niveaux les plus divers dans la relation considérée la plus fréquente dans le monde contemporain⁶⁰ se reflète non seulement dans un partage d'influences pour l'élaboration de normes sociales dans le droit positif, mais aussi trouve place dans diverses Constitutions⁶¹, devenant une qualité constitutive de l'État contemporain⁶².

4. Évolution technique et vie privée. Si les transformations socio-économiques engendrées par la révolution industrielle ont modifié les rapports de travail, ayant été accommodées par le Droit du Travail, l'avancée considérable dont la presse bénéficia au début du XIX^{ème} siècle a apporté de nouveaux défis à la séparation entre le public et le privé, lesquels avaient besoin d'ajustements qui soutiennent l'idée de vie privée reposant sur l'individualisme européen⁶³.

Produit rare et, au début du XIX^{ème} siècle, limité à l'élite, le journal vit sa consommation s'étendre à des couches sociales nouvelles dans les milieux de la petite bourgeoisie puis du peuple des villes : il finit par devenir un produit de consommation courante⁶⁴. Ce progrès fut parallèle à l'évolution générale du monde occidental ; il présenta naturellement de notables différences nationales, mais les causes fondamentales restaient les mêmes dans tous les pays, dont parmi elles des facteurs sociaux, politiques

laquelle marque l'orientation de tout le système juridique qu'elle compose. Cette valeur consiste dans l'amélioration des conditions d'utilisation de la force de travail dans l'ordre socio-économique. Sans une telle valeur et une direction finaliste, le Droit du Travail ne serait même pas compréhensible, historiquement, et ne se justifierait non plus socialement, se refusant alors de remplir sa fonction principale dans la société contemporaine. » Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 53-54.

⁶⁰ Comme le notait déjà Tissier dans Albert Tissier, "Le Code civil et les classes ouvrières," in *Livre du Centenaire*, ed. Jean-Louis Halpérin (Paris : Dalloz, 2004), 89.

⁶¹ Citant quelques exemples, en France, l'article 1^{er} de sa Constitution (de 1958) la désigne comme « une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » ; la République portugaise, comme le dispose l'art.2^o de sa Constitution de 1976, vise à la « réalisation de la démocratie économique, sociale et culturelle. » En Allemagne, sa Constitution de 1949 (Art.1^o) la définit comme « État fédéral démocratique et social » ; En Algérie (art. 9^o de la Constitution de 1996), « le peuple se donne des institutions ayant pour finalité la promotion de la justice sociale ». Dans la Constitution brésilienne de 1988, la République Fédérative du Brésil a comme fondement « la valeur sociale du travail » (art. 1^o IV).

⁶² Sur la pensée juridique constitutionnelle européenne dans la transition d'un État Libéral vers un État Social, vérifier Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social* (São Paulo : Malheiros, 2009).

⁶³ La corrélation entre les innovations technologiques dont on a parlé et le développement de la nécessité d'une protection juridique de la vie privée font l'unanimité. Dans ce sens, on citera, spécialement, pour analyser spécifiquement cette corrélation plus profondément, Stefano Rodotà, "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione di dati personali," *RCDP*, no. 4, (1997) : 488-589 ; Stefano Rodotà, *Tecnologie e diritti* (Bologna : Il Mulino, 1995), 105 ; Pasquale Chieco, *Privacy e Lavoro - La disciplina del trattamento di dati personali del lavatore* (Bari : Cacucci Editore, 2000), 11 ; Susan Brenner, "The privacy privilege: law enforcement, technology and the constitution," *University of Florida Journal of Technology law & policy* 7, no. 2, (2003) : 123-194 ; David Lyon, *The electronic eye, the rise of surveillance society* (United Kingdom : Polity Press, 1994), 14.

⁶⁴ En France, de 1803 à 1870, le tirage de la presse quotidienne de Paris passa de 36.000 à un million d'exemplaires. Pierre Albert, *Histoire de la presse* (Paris : Presses Universitaires de France, 2018), 32.

et économiques, comme, par exemple, l'urbanisation⁶⁵ ; les progrès continus de l'instruction jusqu'à l'obligation scolaire et la lecture publique dans les cabinets de lecture⁶⁶, mais surtout en vertu de l'avance technologique. Ce fut à cette période qu'il y eut une grande avancée dans les techniques de fabrication du journal, comme la substitution du papier de bois au papier de chiffon⁶⁷ ; la mise au point de la stéréotypie⁶⁸ ; la presse à retiration⁶⁹ ; l'utilisation du bois de bout et la photographie instantanée⁷⁰ ; dans les transports et l'évolution des techniques de l'information⁷¹.

De tels facteurs ont modifié aussi bien l'attente de vie privée que les mécanismes sociaux qui éventuellement neutralisaient ou diminuaient l'impact causé par son intrusion dans la vie privée d'un citoyen⁷², dont la conséquence fut l'apparition, durant le XIX^e siècle, des premières affaires judiciaires, mettant spécialement en lice les célébrités de l'époque, dans lesquelles était exposé un type nouveau de non-conformisme⁷³. De fait, nous pouvons observer les chroniques judiciaires du passé en

⁶⁵ Dans ce sens, en Italie et en Espagne, voir : Rodotà, *Tecnologie e diritti*, 22 ; et Pérez-Luño, "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978," *Revista de Estudios Políticos*, no. 9, (1979) : 64.

⁶⁶ Albert, *Histoire de la presse*, 35.

⁶⁷ La substitution du papier de bois au papier de chiffon date de la décennie 1865-1875 : ainsi la presse put trouver, à meilleur compte, les quantités énormes de papier dont elle avait désormais besoin. Albert, *Histoire de la presse*, 39.

⁶⁸ Qui permit de dupliquer par des flans en carton la composition d'une page entière. Albert, *Histoire de la presse*, 40.

⁶⁹ Selon Albert, « la presse à vis de Gutenberg ne subit que peu de modifications jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. En 1816, en couplant deux presses mécaniques, Koenig et Bauer mirent au point la presse à retiration qui imprimait recto-verso. Les presses à réaction, dérivées des précédentes par divers perfectionnements qui augmentaient leur rendement, furent construites dans les années 1840-1850 dans différents pays : par Applegath et Cowper (pour le Times) en Angleterre, à Paris par Joly (1845), puis par Marinoni (1847 pour la Presse). Elles imprimaient quelques 7000 à 12000 exemplaires à l'heure. » Albert, *Histoire de la presse*, 49.

⁷⁰ Comme en témoignent Brandeis et Warren, « les photographies instantanées et les journaux quotidiens ont envahi les lieux sacrés de la vie privée et du foyer ; et de nombreuses machineries mécaniques menacent de réaliser la prophétie qui dit que « ce qui se murmure à l'intérieur de la maison sera proclamé aux quatre vents ». Samuel Warren et Louis Brandeis, "The right to privacy," *Harvard Law Review*, no. 193, (1890) : 194.

⁷¹ Albert indique, par exemple, le télégraphe optique de Happe. Cet équipement « fut toujours réservé aux dépêches officielles et la presse n'en profita qu'indirectement. La transmission rapide des nouvelles exigea des efforts considérables dans la première moitié du siècle (pigeons voyageurs, courriers spéciaux...) et ne commença à trouver sa solution définitive qu'avec le télégraphe électrique mis au point par Morse aux États-Unis en 1837, Gauss en Allemagne (1838), Wheatstone en Angleterre (1839), Foy et Breguet en France (1845) ». Albert, *Histoire de la presse*, 52.

⁷² Le témoignage de Bloustein est illustratif : « Les potins de la petite ville n'entachaient point l'orgueil et la dignité de l'homme comme les ragots des journaux métropolitains le faisaient. Sources d'isolement, de vengeance, de réaction et de correction étaient parfois observées contre les potins, on n'arrive nulle part en appliquant les mêmes mesures contre une information d'un journal, parce qu'elles ne possèdent pas le même degré de dimension. » Edward Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity : An answer to Dean Prosser* (New York, NY University, 1964), 19.

⁷³ François Rigaux rappelle que les journaux étaient exposés à « un milieu concurrentiel, sont conduits à se dépasser les uns les autres dans l'assaut mené contre la vie privée des notables ». F. Rigaux, "La liberté de la vie privée," *Revue internationale de droit comparé* 4, no. 43, (1991) : 548.

rapport avec la vie privée pour remarquer une ressemblance dans les listes de célébrités de chaque pays, qui se plaignaient des offenses venant d'une « nouvelle activité provocante de la part de la presse⁷⁴ » : en Angleterre, l'affaire mentionnée comme une entrée en matière dans les tribunaux met aux prises les littéraires Alexander Pope et Jonathan Swift⁷⁵ et dans une autre affaire, le propre couple royal, le Prince Albert et la Reine Victoria⁷⁶ ; en France, la première affaire concernant la vie privée a été l'affaire Rachel, impliquant la célèbre actrice française Elisa Rachel Félix⁷⁷. L'avocat nord-américain Samuel Warren en personne, qui, avec Louis Brandeis, est considéré comme étant le précurseur du *privacy* en son pays⁷⁸, fut motivé pour écrire son célèbre article *The right to privacy*⁷⁹, à cause des publications répétées sur sa famille dans le journal *Gazette de Boston*⁸⁰. Malgré cela les moyens de communication de masse ne tarderont pas, de

⁷⁴ Rodrigo Tascon Lopez, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores, Análisis del estudio de la cuestión* (Madrid : Thomson Civitas, 2005), 28.

⁷⁵ Pope v. Curl, 26 Eng. Rep. 608 (1741). Pour illustrer ce cas, un éditeur publia sans autorisation la correspondance privée entre eux, ce qui engendra une décision en faveur d'Alexander Pope, laquelle reconnaissait les droits de propriété sur les propres lettres dirigées à son auteur. Le célèbre cas mérite une citation dans les commentaires de Blackstone. William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, (Oxford : Clarendon Press, 1765), 407.

⁷⁶ Prince Albert v. Stange 64 ER 293 (1848). Il s'agissait de la reproduction graphique et de la vente d'objets de la collection privée du prince. Encore une fois, la décision a reconnu un droit de propriété qui empêcherait cette reproduction.

⁷⁷ Tribunal Civil de la Seine (16 juin 1858, D.P., 1858.3.62). Après sa mort, des photos de Rachel sur son lit de mort ont été largement publiées, ce qui a conduit sa sœur à solliciter au tribunal l'arrêt de ces publications.

⁷⁸ C'est un fait pratiquement consensuel, que l'article de Warren et Brandeis constitue un événement dans lequel les aspects se référant au thème commencent à être traités sur la défense de la vie privée. Dans ce sens, voir, dans la doctrine en langue française, voir Sylvain Lefèbvre, *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec* (Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998), 21. F. Rigaux, "La liberté de la vie privée," 539 : « La science comparative attribue généralement à deux auteurs américains, Warren et Brandeis, la première élaboration doctrinale de la *privacy*. » Dans la doctrine italienne : Rodotà, *Tecnologie e diritti*, 24, qui nomme les auteurs « pères fondateurs de la vie privée au plan juridique » et Enzo Roppo, "Informatica, tutela della « *privacy* » e diritti di libertà," *Giurisprudenza Italiana*, no. CXXXVI, (1984) : 169, qui parvient à se référer à une « date de naissance » pour l'article des auteurs. Dans la doctrine américaine, voir Darren Charters, "Electronic Monitoring and Privacy Issues in Business-Marketing : the ethics of the doubleclick experience," *Journal of Business Ethics*, 35, (2002) : 246. Dans la doctrine espagnole, voir Abel Tellez Aguilera, *Nuevas Tecnologías, intimidación y protección de datos : estudio sistemático de la ley orgánica 15-1999* (Madrid: Edisofer, 2001), 56. En revanche, l'espagnol Perez Luño rappelle qu'avant la publication du *The right to privacy*, il y eut une importante contribution de David Augusto Roder en 1848 : « Quand David définit comme actes contraires au droit naturel à la vie privée le fait de « gêner quelqu'un par des questions indiscrettes », ou celui de « rentrer dans un domicile sans être annoncé », il légitime, sur la base du droit naturel, des formes de vie qui n'étaient nullement représentatives de la majorité de la population. » A. E. Pérez Luño, "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978," 66.

⁷⁹ Samuel Warren et Louis Brandeis, "The right to privacy," 193.

⁸⁰ Bloustein témoigne que l'épouse de Brandeis (fille d'un sénateur) avait l'habitude de donner des fêtes dans sa maison de Boston. Les journaux locaux, principalement le Saturday Evening Gazette, spécialiste des sujets de la haute société, ont commencé à écrire sur ces fêtes avec des détails très personnels, parfois désagréables. Ainsi, Warren alla chercher son ex-collègue de la faculté de droit, Brandeis, afin de l'aider,

manière fortuite ou occasionnelle, à la suite d'un accident, d'une maladie, d'une infraction ou d'une faute administrative à menacer non seulement la vie privée de célébrités, mais aussi celle des « anonymes⁸¹ ».

D'un développement jurisprudentiel et doctrinaire, soit par l'équation *right to privacy*⁸², du produit des pays de la *comon law*, soit par une accommodation venant des droits de la personnalité, dans une traduction culturelle de l'Europe occidentale⁸³, le droit à la vie privée apparaît en étant associé aux risques liés à la liberté individuelle⁸⁴ engendrés par les progrès dans les techniques de communication du XIXème siècle et du début du XXème siècle⁸⁵, étant désormais, principalement après la Seconde Guerre Mondiale, reconnu et garanti au niveau international⁸⁶ et dans le droit interne de plusieurs pays, très souvent insérés dans le propre texte constitutionnel⁸⁷.

ce qui motiva l'élaboration de l'article. Bloustein. "Privacy as an aspect of human dignity: An answer to Dean Prosser," 966.

⁸¹ « *Les anonymes* pénètrent à leur corps défendant dans le champ de l'actualité. [...] Les personnes occupant une position sociale dépendante ou peu favorisée sont exposées à une démultiplication des aléas de l'existence. Moins aptes à prévenir de multiples dommages (accidents, sinistres, maladies, fautes médicales, négligences administratives, attentats contre les personnes), elles vivent ceux-ci et sont contraintes d'en chercher la réparation dans un espace public où leurs faits personnels sont soumis à de sévères investigations. C'est à ce moment aussi qu'elles acquièrent une fugace valeur d'actualité, comme si la vie quotidienne des pauvres et des petits ne devait susciter l'intérêt d'autrui que lorsqu'un malheur inopiné la rendrait sensationnelle. » F. Rigaux, "La liberté de la vie privée," 549.

⁸² Sur la notion de *privacy* introduite par Brandeis et Warren et développée par la jurisprudence nord-américaine, vérifiez Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (New York : Atheneum, 1970) et Judith W. Decew, *In pursuit of privacy, law, ethics and the rise of technology* (Cornell : Cornell University Press, 2001).

⁸³ Pour une analyse de l'évolution du droit à la vie privée dans le droit des pays européens et dans le droit de l'union européenne, vérifiez la synthèse complète de Monica Arenas Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa* (Valencia : Tirant to Blanch, 2009).

⁸⁴ Dans ce sens, le témoignage de la juriste portugaise Cabral : « Sans lui [le droit à la vie privée], la liberté individuelle est dépourvue de sens. » Rita Amaral Cabral, "O direito da intimidade da vida privada", in *Separata dos estudos em memória do prof. Doutor Paulo Cunha*, ed. I. Telles (Lisboa : AAFLD, 1989), 14.

⁸⁵ Parmi les facteurs ayant conduit à la protection de la vie privée au niveau international et dans le droit interne comparé, François Rigaux, par exemple, distingue le « développement des techniques de fixation et de reproduction du son et de l'image, d'interception et d'enregistrement des communications verbales, notamment téléphoniques, des moyens d'espionnage à distance et de l'utilisation de l'informatique.[...] L'invention de la photographie et, à la fin du XIXème siècle, du cinéma, ont soumis la fixation de l'image physique à des risques d'appropriation par autrui que le dessin, l'esquisse ou la caricature ne comportaient point. » F. Rigaux, "La liberté de la vie privée," 541. Le témoignage de Westin, *Privacy and freedom*, 12, va dans le même sens.

⁸⁶ À l'exemple de l'art. 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ; de l'art.12 du Pacte International des Droits Economiques, Sociaux et Culturels de 1966 ; l'art. 8° de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; l'art. X de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme.

⁸⁷ C'est le cas du Brésil, dans l'art. 5°, X de la Constitution Fédérale de 1988. On cite également en Amérique Latine, à titre illustratif, l'art. 19 de la Constitution de l'Argentine de 1853, dans sa rédaction actuelle ; l'art.20 de la Constitution de Bolivie de 1998 ; l'art.10 de la Constitution de l'Uruguay de 1967 ; et l'art. 16 de la Constitution Mexicaine de 1917. En Europe, on cite, également de façon illustrative, l'art. 18.1 de la Constitution Espagnole de 1978 et l'art.26.2 de la Constitution du Portugal de 1976.

5. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et leur impact dans les rapports de travail. Les *nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication* ainsi nommées (dorénavant, seulement TIC) sont des appareils technologiques dont la finalité est de réaliser la collecte, la production, le traitement, la transmission et le stockage d'informations⁸⁸. Considérant les nombreux sens qu'ait pu prendre le mot information⁸⁹, nous nous devons ici d'affiner sa signification : l'information traitée par les TIC consiste en une donnée⁹⁰ ou un ensemble de données

⁸⁸ Nous employons la définition adoptée dans le dictionnaire Larousse, les TIC étant définies de manière à mettre en valeur leur possibilité de permettre la communication à distance : « ensemble des techniques et des équipements informatiques permettant de communiquer à distance par voie électronique (cable, téléphone, Internet, etc). » *Dictionnaire Larousse en ligne*, <http://www.larousse.fr/francais/TIC>. Cependant, nous voulons ici mettre en évidence non seulement la capacité de transmission de l'information, mais en particulier celle de traitement de l'information. C'est de cette manière que l'on rend la définition des TIC adoptée par l'OCDE, voir : OCDE, ed., *Observateur de l'OCDE, 2000, Science, technologie et innovation dans la nouvelle économie* (Paris : OCDE, 2000), http://www.ocde.org/publications/Pol_breif/. Dans le même sens, mettant en valeur la capacité de traitement des informations, voilà comment le dictionnaire Oxford les définit : « sont l'ensemble des dispositifs individuels, tels que le matériel et les logiciels, les télécommunications ou toute autre technologie qui fait partie ou génère le traitement de l'information, ou même qui la contient. » *Oxford Dictionary*, <https://www.oxforddictionaries.com>. En sociologie, on relève aussi la capacité qu'ont les TIC de traiter l'information, c'est à dire, de la stocker, de la traiter, de la récupérer, de la transmettre, etc. Dans ce sens, voyons la définition de Manuel Castells, qui se réfère aux TIC (utilisant le terme de technologie de l'information) les considérant comme « la micro-électronique, la computation (software et hardware), les télécommunications, l'optoélectronique, l'ingénierie génétique et tous les processus technologiques soudés par une interface et un langage commun, dans laquelle l'information est générée, stockée, récupérée, traitée et transmise ». Manuel Castells, *A sociedade em rede*, trans. Roneide Venancio Majer (São Paulo: Paz e Terra,2003), 67.

⁸⁹ Intéressante l'observation de Legavre et Rieffel sur l'évolution du concept d'information, qui permet de mettre en relief la manière avec laquelle l'innovation technologique a modifié le propre sens du mot. Selon les auteurs, dans sa première acception, « information » désignait « un renseignement sur quelqu'un ou quelque chose qui est susceptible d'être porté à la connaissance d'une ou de plusieurs personnes ». La diffusion de la presse a apporté au mot un sens nouveau, considérant les rédactions par des journalistes, qui ont commencé à sélectionner, à vérifier et à hiérarchiser les informations, « les mettant en forme (informer) afin de la rendre accessible au plus grand nombre de personnes. Le mot information désigne désormais l'ensemble des activités ayant pour objet la collecte, le traitement et la diffusion des nouvelles auprès du public. Il est donc l'équivalent de la notion anglaise de news, de « nouvelles » transmises par les médias ». Face au progrès technologique et à la diffusion des nouvelles technologies de l'information et de la communication, les auteurs nous démontrent que le mot « information » reçoit désormais une troisième acception, désignant maintenant « un ensemble de données et de connaissances susceptibles d'être représentées à l'aide de conventions pour être conservées, traitées et communiquées [...] le mot renvoie plus particulièrement au domaine de la collecte, au traitement, à l'indexation et à la diffusion de l'information. » Jean-Baptiste Legavre et Rémy Rieffel, *Les 100 mots des sciences de l'information et de la communication* (Paris : Presses Universitaires de France, 2017), 98. La notion d'information est, sans aucun doute, l'une des plus controversées, notamment parce qu'elle a commencé à éveiller un intérêt multidisciplinaire, étant employée avec des sens propres en biologie ou en physique, en informatique, en mathématiques, etc. Ce n'est nullement dans l'intérêt de cette étude de s'approfondir dans les notions plurielles de l'information, toutefois, pour comprendre les racines historiques et épistémologiques de cette profusion et des confusions dans leur emploi, et pour un développement autour de la notion d'information concernant la dite « science de l'information », nous recommandons Jérôme Segal, *Le zéro et le un. Histoire de la notion d'information au XXème siècle*, 2 (Paris : Éditions Matériologiques, 2011), notamment son chapitre 07 (« L'information et le vivant : aléas de la métaphore informationnelle »), 537-650.

⁹⁰ Donnée est définie comme « 1. Ce qui est connu ou admis comme tel, sur quoi on peut fonder un raisonnement, qui sert de point de départ pour une recherche (surtout pluriel) : les données actuelles de la biologie. 2. Idée fondamentale qui sert de point de départ, élément essentiel sur lequel est construit un ouvrage : les données d'une comédie.3. Renseignements qui sert de point d'appui (surtout pluriel) : Manquer

traitées ou non dans un support quelconque, capable de produire de la connaissance, c'est à dire, une image, un son, un document physique ou électronique ou même une donnée isolée. Les TIC permettent donc la transformation des informations utilisées ou fournies en informations numériques, plus facilement manipulables, communicables, stockables et restituables.

Depuis ses premiers développements, dont l'aspect macro est normalement fixé dans la première moitié du XX^{ème} siècle, au moment de la création de l'ordinateur et de l'Internet⁹¹ et du développement de la cybernétique⁹² ; spécialement toutefois après sa profonde diffusion, pendant la fin de la deuxième moitié du même siècle⁹³, les TIC ont généré d'importants impacts dans les relations entre les individus, lesquels ont fait l'objet d'études multidisciplinaires⁹⁴. En sociologie, il y en a qui considèrent que la diffusion des TIC représente une « révolution⁹⁵ », qui crée une nouvelle forme de société, se référant à

de données pour faire une analyse approfondie. 4. Représentation conventionnelle d'une information en vue de son traitement informatique. Dans un problème de mathématiques, hypothèse figurant dans l'énoncé. Résultats d'observations ou d'expériences faites délibérément ou à l'occasion d'autres tâches et soumis aux méthodes statistiques. » *Dictionnaire Larousse en ligne*, <http://www.larousse.fr/francais/donnee>.

⁹¹ Pour un développement didactique autour de l'histoire de l'Internet et des ordinateurs, voir : Solange Ghernaoui et Arnaud Dufour, *Internet* (Paris : Presses Universitaires de France, 2017), 7-41.

⁹² En 1948, le mathématicien nord-américain Norbert Wiener (1894-1964) publie son œuvre *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant de la machine*, créant les lignes directrices de cette nouvelle science, où s'entrelacent l'observation des processus de commande physiologiques et neurophysiologiques (contraction du muscle cardiaque, performance du système nerveux comme un tout intégré) et la mise en forme d'une théorie générale sur les systèmes technologiques de commande. D'après les mots de l'auteur, il proposait une « théorie entière de la commande et de la communication, aussi bien chez l'animal que dans la machine ». Norbert Wiener, *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant et la machine* (Paris : Seuil, 2014), 70. Attribuer la publication de l'œuvre comme moment initial des développements et de la profusion des TIC est mentionné par de nombreux auteurs, dans des domaines divers de la connaissance. Pour les représenter tous, citons Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres, cours au Collège de France (2012-2014)* (Paris : Fayard, 2015).

⁹³ En France, Legavre et Rieffel situent dans les années 1980 le moment de la diffusion de la télématique (le Minitel), laquelle laisse la place, dans les années 1990, à l'explosion d'Internet et de la téléphonie mobile. « Mais c'est surtout au milieu des années 2000 que la « société de communication » explose avec l'apparition des plates-formes de réseaux sociaux qui suscitent d'emblée l'engouement des internautes, puis des entreprises, des médias, des acteurs publics et politiques. » Legavre et Rieffel, *Les 100 mots des sciences de l'information et de la communication*, 102. German présente les mêmes repères temporels, en analysant la situation au Japon, aux États-Unis et au Brésil. Christiano German, *O caminho do Brasil rumo à era da informação*, (São Paulo : Konrad Adenauer, 2000), 16.

⁹⁴ Sur la multidisciplinarité d'études relatives aux impacts de la diffusion des TIC, voir Alistair Duff, *Information society studies* (London : Routledge, 2000). Dans le même sens, Olivier Simioni, "La société de l'information : émergence et multiplication des discours" in *La société de l'information : une idée confuse*, ed. G. Berthoud et all. (Lausanne : Institut d'anthropologie et de sociologie, 2000), 45-76.

⁹⁵ Dans ce sens, J. Carmona-Schneider et all., *Le travail à distance. Analyses syndicales et enjeux européens* (Bruxelles : De Boeck Université, 1999), 7. Les auteurs montrent l'apparition d'une « révolution post-industrielle ». Pour les auteurs, « la révolution industrielle, c'était schématiquement l'énergie et les matières premières ; la révolution post-industrielle, c'est de façon tout aussi schématique, la convergence de l'information numérisée, de son traitement et des télécommunications. Aujourd'hui les informations traduites dans un langage universel - le numérique - doivent être considérées comme une matière première stratégique fondamentale du développement économique et social. » Dans la perspective de l'économiste Michel Volle, l'informatisation a été l'un des facteurs prépondérants dans la déflagration d'une « troisième révolution industrielle » dans l'histoire du capitalisme. Michel Volle, *L'économie* (Paris, Economica, 2000),

une « société numérique⁹⁶ » ; ou en invoquant l'ascension d'une « société de communication⁹⁷ », ou d'une « société de l'information⁹⁸ ». De tels termes, d'ailleurs, accompagnent désormais des débats gouvernementaux et ceux de maintes organisations internationales⁹⁹, parfois pour « justifier un nouveau discours économique pour l'obtention de pratiques visant à améliorer la prestation des services publics et de développer la qualité de vie des citoyens¹⁰⁰ », parfois pour désigner « un mode de développement social et économique dans lequel l'acquisition, le stockage, le traitement, la valorisation, la transmission, la distribution et la dissémination d'information qui conduit à la création de connaissance et à la satisfaction des nécessités des citoyens et des entreprises, jouent un rôle central dans l'activité économique, dans la création de richesse,

52 et s.

⁹⁶ Les sociologues Breton et Proulx se réfèrent à une « société numérique », relevant le fait que la diffusion et l'utilisation des TIC permettent la création d'une identité numérique, car « l'utilisateur est devenu lui-même producteur de contenus, parmi lesquels les biens culturels, comme la musique, les textes, les photos, les vidéos, les stockant et les divulguant dans leurs plateformes de partage; mais aussi parce que les réseaux sociaux ont permis de nouvelles formes d'interaction sociale, constituant, ainsi, de nouvelles formes d'identité. L'homme, c'est de l'information. » Philippe Breton et Serge Proulx, *L'explosion de la communication* (Paris : La Découverte, 2012), 291 et s.

⁹⁷ Le juriste portugais Oliveira Ascensão préfère utiliser l'expression « société de communication » (en portugais, *sociedade de comunicação*), dans la mesure où « ce que l'on prétend impulser est la communication et nous pourrions qualifier le message entier d'information seulement dans un sens très ample ». José de Oliveira Ascensão, *Direito na Sociedade de Informação I* (Coimbra : Almedina, 1999), 167.

⁹⁸ William Dutton nous informe que le terme aurait été inventé dans les années 1970 par la sociologie nord-américaine, désignant « une société où l'information était le moyen qui identifiait la société et constituait une nouvelle phase du développement économique. La technologie principale de cette nouvelle ère en serait le repli, le stockage, le traitement, la communication et les corrélations de la société. » William H. Dutton, *Social Transformation in an information society : rethinking access to you and the world* (Paris : Unesco, 2004), 23. En France, elle a aussi son utilisation : pour tous, voir Imane Sefiane, "La « société de l'information » : entre résurgence et oubli d'un concept cybernétique," *Études de communication* 44, no. 1, (2015) : 151-164.

⁹⁹ Le terme « société de l'information », semble être le plus fréquemment employé, au moins dans la bibliographie consultée dans cette thèse. On notera également que, entre tous, il est celui le plus entendu dans les discussions internationales officielles traitant de l'impact de la diffusion des TIC. Les deux points de vue sont partagés par Mattelart, qui fait une brillante étude historique pour essayer de comprendre le sens de l'expression « société de l'information ». L'auteur conte, par exemple, que dans les années 1970, « la référence à la « société de l'information » s'impose subrepticement dans 15 organismes internationaux ». Armand Mattelart, *Histoire de la société de l'information* (Paris : La Découverte, 2009), 63 et s. Dans le même sens, en se rendant compte que l'expression est largement diffusée, Simioni observe que « de nombreux gouvernements et de nombreuses organisations internationales ont produit des discours sur la société de l'information. On peut dire que ces discours ont pris une dimension internationale, non seulement parce qu'ils abordent inévitablement la question de la mondialisation ou de la globalisation, mais surtout parce qu'ils proviennent du monde entier (Brésil, Japon, Union européenne, États-Unis mais aussi Afrique) et que des organisations comme l'OCDE, l'UNESCO, la CEA et beaucoup d'autres font de cette question une de leurs priorités. » Olivier Simioni, "Un nouvel esprit pour le capitalisme : la société de l'information ?," 81.

¹⁰⁰ Comme en attestent, par exemple, Garcia Marques et Lourenço Martins, *Direito da informática* (Coimbra : Almedina, 2000), 42-43, se référant au discours proféré, en 1993, par le Président de la Commission Européenne de l'époque, Jacques Delors, au Conseil de l'Europe de Copenhague.

dans la définition de la qualité de vie des citoyens et de leurs pratiques culturelles¹⁰¹ ».

Aucune de ces expressions et de leurs significations, cependant, ne résiste à des critiques. Il y a plusieurs travaux se reportant aux termes en questions qui leur montrent, par exemple, des imprécisions¹⁰², des exagérations¹⁰³, ou même de fausses déclarations de nature idéologique¹⁰⁴. Cependant, ceux-là même qui les considèrent avec méfiance, concordent avec le fait qu'avec la diffusion des TIC, il y a eu une nette « pénétrabilité de leurs effets¹⁰⁵ », dans divers domaines, parmi lesquels, particulièrement, celui de la vie privée¹⁰⁶ et celui de la dynamique de pouvoir entre celui qui détient une plus ou moins grande capacité d'accéder et de traiter l'information, car ils peuvent être utilisés pour la surveillance et le contrôle¹⁰⁷. C'est que, face à ce nouvel état de forces¹⁰⁸ aussi bien « l'accommodation » projetée dans la notion classique de droit à la vie privée, qui n'est déjà plus apte à protéger la liberté individuelle ni à partager l'espace public et privé¹⁰⁹ ; ainsi que l'équation privilégiée par le Droit du Travail, qui a

¹⁰¹ Comme il est enregistré, par exemple, dans le « Livro Verde para a Sociedade da Informação », ébauché par le gouvernement du Portugal, <http://www.missao-si.mct.pt>.

¹⁰² Parmi tous ceux qui critiquent de telles expressions comme étant imprécises, vérifier : Simioni, "Un nouvel esprit pour le capitalisme : la société de l'information ?", 85-86.

¹⁰³ C'est le cas, par exemple, de ce qu'écrit la juriste espagnole María Luisa Fernández Esteban, pour qui : « on peut douter que l'expression société de l'information définisse une nouvelle forme d'organisation sociale, car, à proprement dire, le monde continue d'être organisé selon le mode de production capitaliste. Il y a création d'un nouveau paradigme, considérant le fait de l'information, d'avoir par elle-même assumé une plus grande importance dans la génération de richesses, en utilisant la technologie de l'information comme mécanisme facilitateur de sa génération, de son traitement, de sa transmission et de toute espèce de traitement. Ainsi, malgré le fait que l'information et la technologie de l'information aient assumé une position en vue dans ce nouveau scénario, étant configurées comme de véritables marchandises, elles n'ont pas modifié intrinsèquement les relations économiques entre les divers acteurs sociaux, dynamisant à peine le mode déjà connu de production capitaliste. » M. L. F. Esteban, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, (Madrid : McGraw Hill, 1998), XIX.

¹⁰⁴ Selon Bernat Lopez, par exemple, « la société de l'information est à la fois un concept, un mythe, une utopie ou un slogan néo-libéral ». Bernat Lopez, "La société de l'information. Promesse du futur ou slogan néo-libéral ?", *Médias pouvoir*, no. 43, (1996) : 103-113.

¹⁰⁵ C'est ce que déclare Manuel Castells, *A sociedade em rede*, 108.

¹⁰⁶ Pour tous, on reprendra les observations du juriste Trudeau : « l'évolution des nouvelles technologies, particulièrement celles liées à l'informatique, fragilise la vie privée vu qu'il existe des technologies permettant la capture vocale, de l'image ou des messages d'une personne sans son consentement, indépendamment du lieu où elle se trouve, même dans les lieux considérés plus intimes. » Gilles Trudeau, "Vie professionnelle et vie personnelle, tâtonnements nord-américains", *Droit Social*, no. 1, (2004) : 11.

¹⁰⁷ Sur la permissibilité de contrôle, à cause de son astuce, la métaphore rappelée par Simioni mérite d'être reproduite, « on se rappellera quand même que l'idée de *web* comporte une double signification intéressante. La toile permet de se déplacer partout et rapidement (c'est l'idéal d'Internet, du world wide web) mais elle est aussi l'instrument qui permet à l'araignée d'attraper sa proie. » Simioni, "Un nouvel esprit pour le capitalisme," 86.

¹⁰⁸ Répétant l'expression consacrée par l'intelligence de Jacques Ellul, déjà mentionnée dans cette introduction. Ellul, *Changer de révolution*, 31.

¹⁰⁹ Pour de plus amples développements sur la question morale sous-jacente à la liberté individuelle et sur la division entre espace public et privé, l'étude de la juriste portugaise Cabral est très détaillée, laquelle, dans une synthèse, démontre les raisons pour lesquelles « le progrès technologique [création et évolution des TIC] a acquis, dans certains domaines, une rapidité et un dynamisme propres, dépourvus de critères

ajusté le pouvoir de contrôle de l'employeur implanté dans les rapports de travail jusqu'aux limites du droit privé, sont renversées, pour protéger la santé et la dignité du travailleur.

Il a fallu peu de temps pour que la potentialité des TIC d'amplifier le pouvoir de surveillance et de contrôle de celui qui les détient, au moyen de leur traitement, conduise les théoriciens de l'administration scientifique du travail, pour obtenir une amélioration dans la performance ou dans la productivité¹¹⁰ et pour la réduction des risques que les salariés pourraient faire courir à leur employeur, ou à leurs collègues ou à eux-mêmes par leur comportement¹¹¹, à encourager leur utilisation dans la gestion d'informations internes de l'entreprise, spécialement dans son processus de production et dans le contrôle de l'activité du travail¹¹². Si, à l'époque du développement dogmatique du Droit du Travail, le carnet des contremaîtres était l'endroit où étaient enregistrées les informations relatives aux employés - comme l'horaire de sortie, l'horaire d'entrée, le temps de production, des détails individuels sur l'exécution du travail, etc. -, cet instrument étant, conjointement avec la montre, protagoniste dans la réalisation du contrôle de l'activité de l'employé par l'employeur, aujourd'hui nous avons une multitude d'instruments avec non seulement une capacité illimitée de capture de ces informations, mais aussi de stockage et de traitement. Nous passons du contrôle de l'homme par l'homme au contrôle de l'homme par la machine¹¹³. Et encore, souvent le propre

moraux, conduits par un neutralisme pour lequel toute préoccupation d'ordre éthique, métaphysique, humanistique leur est étrangère ». Cabral, "O direito à intimidade da vida privada," 6.

¹¹⁰ Soulignant la capacité des TIC d'améliorer la productivité, quand elles travaillent dans le contrôle de l'activité du travailleur, Hervé Fenneteau et Gérald Naro, "Contrôle et confiance dans l'entreprise virtuelle. Illustrations logistiques", *Revue française de gestion* 156, no. 3, (2005) : 203-219. OCDE, "Intégration des TIC dans la coopération au service du développement," *Revue de l'OCDE sur le développement* 6, no. 3, (2005) : 71-102. Jean-Paul Méreaux et Jimmy Feige, "Changement organisationnel « responsable » et outils de gestion stratégique du capital humain. Enseignements d'une recherche-intervention menée au sein d'une PME," *La Revue des Sciences de Gestion* 275-276, no. 5 (2015) : 41-48. Dennis R. Nolan, "Privacy and Profitability in the Technological Workplace," *Journal of Labor research*, no. 2 (2003) : 207-232. R. Simons, *Performance and Measurement & Control Systems for Implementing Strategy: Text & Cases*, (New Jersey : Upper Saddle River, 2000). Thomas W. Dillon et al., "The importance of Communicating Workplace Privacy Policies," *Employ Respons Rights*, no. 20, (2008) : 119-139.

¹¹¹ Mettant l'accent sur la prévention des risques dans une entreprise à partir de l'utilisation de nouvelles techniques de contrôle, voir François Meyssonier "Quel contrôle de gestion pour les start-ups ?," *Comptabilité- Contrôle- Audit*, no. 2, (2015) : 33-61. Gláucia A. Prates Marco T. Ospina, "Tecnologia da informação em pequenas empresas: fatores de êxitos, restrições e benefícios," *Revista da Administração Contemporânea*, 8, no. 2 (2004) : 9-26. Seumas Miller et John Weckert, "Privacy, the Workplace and the Internet," *Journal of Business Ethics*, no. 28, (2000) : 255-265.

¹¹² Il est possible de constater la grande portée internationale des idées de gestion qui encouragent l'utilisation des TIC dans la gestion des entreprises et dans le processus de production Johanna Melka et Laurence Nayman, "TIC et productivité : une comparaison internationale," *Economie internationale* 98, no. 2, (2004) : 35-57.

¹¹³ Intéressante la comparaison que le juriste italien Rodotà établit entre le contrôle de l'homme par l'homme avec le contrôle de l'homme par la machine, en rappelant, parmi de nombreux facteurs que le

instrument utilisé par l'employé pour travailler est aussi celui qui le contrôle, comme dans le cas de l'ordinateur¹¹⁴ : grâce à l'utilisation de logiciels, par exemple, il est possible de disposer d'un contrôle absolu de la mémoire de l'ordinateur, de promouvoir la reconstitution des activités du travailleur, de réaliser l'accompagnement statistique du temps effectivement passé à réaliser une tâche ou du temps consacré à une pause. Il est également possible, grâce à des programmes, de contrôler l'accès à des programmes, d'accompagner, filtrer et traiter toutes les connexions et les pages téléchargées par les employés, en obtenant des informations comme le nombre de visites sur chaque page, la date et l'heure de chacune de ces visites, la durée, et quand a été réalisé la première et la dernière visite. Quoique l'environnement de travail ne soit pas virtuel, on peut, grâce à l'utilisation d'appareils de vidéo et de surveillance audio, également reconstituer la routine du travailleur, en stockant et traitant ces informations¹¹⁵. De fait, les TIC, lorsqu'elles sont utilisées dans l'organisation du travail, amplifient les pouvoirs de l'employeur d'avoir accès, de stocker, traiter, modifier, partager, décontextualiser des informations concernant les employés, qu'elles aient été obtenues au jour le jour de l'activité du travail ou à travers des recherches sur internet ou dans d'autres bases de données, fournissant une « vitrification¹¹⁶ » des employés avec une conséquente « déshumanisation¹¹⁷ ». Autrement dit, les TIC ont permis que les opérations de standardisation et de formalisation conçues à l'époque du Taylorisme puissent désormais

contrôle de l'homme par l'homme permettait, que des situations soient pardonnées, oubliées ou inaperçues, d'une manière différente de ce qui arrive avec le contrôle exercé par les TIC. Stefano Rodotà, "Un Codice per l'Europa ? Diritti nazionali, diritti europeo, diritti globale," in *Una riflessione di fine millennio*, ed. Paolo Cppellini et Bernardo Sordi, Codici (Milano : Giuffrè, 2002), 564 et s.

¹¹⁴ Cette caractéristique de l'ordinateur- et d'autres TIC- de se constituer, en même temps, comme instrument de travail et de contrôle, le juriste français Ray la désigne comme « caractère ambivalent ». Jean-Emmanuel Ray, "Métamorphoses du droit du travail," *Droit Social*, no. 12 (2011) : 1162-1171. Dans la doctrine française, ce caractère ambivalent est également noté par Combrexelle : « avant toute considération juridique, il faut constater une banalité ; l'ordinateur est devenu le compagnon de travail de la plupart des salariés, quels que soient l'âge, le niveau de qualification et le niveau de la hiérarchie. Surtout cet ordinateur est maintenant le plus souvent relié à un réseau Internet et Intranet ; ce réseau a oublié ses origines premières de l'armée américaine et se caractérise par les principes de son parent adoptif, celui des universités américaines : liberté, communication et convivialité. » Jean-Denis Combrexelle, "Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication, Conclusions", *Droit Social*, no. 103 (2002). Dans la doctrine italienne, sur cette caractéristique de l'introduction des NTIC dans l'environnement de travail, on dit que le travailleur devient, en même temps, « sujet actif et passif d'une machine » de sorte qu'il est possible d'effectuer un « contrôle à deux voies ». Expressions de Fabrizia Santini, "La corrispondenza elettronica aziendale tra diritto alla riservatezza e potere di controllo del datore di lavoro", *Argomenti di diritto del lavoro*, no. 3 (2007) : 759.

¹¹⁵ Le juriste David Lyon, par exemple, se réfère aux appareils d'audio et de vidéo comme « un œil électronique permanent, pointé de façon stratégique dans des directions différentes ». Lyon, *The electronic eye*, 322.

¹¹⁶ Armando Veiga et Benjamin S. Rodrigues, "A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrônicas," *Raízes Jurídicas* 3, no. 2 (2007) : 415.

¹¹⁷ Alessandro Bellavista, *Il controllo sui lavoratori* (Turin : Giappichelli Editore, 1995), 72.

« voir le monde par des données exprimées en nombres, chiffrées, prêtes à être traitées, cumulées, additionnées¹¹⁸ », dès lors que, à la différence des technologies qui ont initié les modèles productifs précédents (outils, machines, machines-outils, automatismes industriels) leur originalité première est leur intangibilité, une fois qu'elles permettent une « quasi complète médiatisation entre l'intervention humaine et la matière tangible, au point qu'une part croissante, aujourd'hui largement dominante, de l'activité économique se réalise dans la zone même de médiatisation¹¹⁹ ».

Le juriste français Alain Supiot en arrive à affirmer avoir eu un véritable « changement de fétiche » dans l'organisation du travail, allant d'une vision de la gestion du travail humain à partir de la logique de la physique classique (l'homme-machine¹²⁰) vers celle de la cybernétique (l'homme informatisé, programmé, contrôlé¹²¹) : « dans l'organisation du travail, le modèle physicomécanique de l'horloge [...], dominé par les lois de la physique classique, qui regardent l'univers comme une vaste horlogerie mue

¹¹⁸ Luc Boltanowski et Laurent Thévenot, *De la justification : les économies de la grandeur* (Paris : Gallimard, 1991), 260.

¹¹⁹ Guy Caire, "Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et la recomposition du travail," in *Travailler au XXème siècle : nouveaux modes d'organisation du travail*, ed., Sophie Boutillier et Dimitri Uzunidis (Paris : De Boek Supérieur, 2006), 130. En Italie, le phénomène est étudié par la sociologie du travail, qui lui attribue le surnom de « néo-taylorisme informatique » ou bien de « taylorisme digital ». Voir Giorgio Piccitto, "Vivere i "cattivi lavori". Esperienze occupazionali di giovani instruiti nei fast food e nei call center", *Sociologia del lavoro*, no. 138 (2015) : 90.

¹²⁰ L'auteur se réfère au fait que, à l'époque de l'industrialisation- et de la création du Droit du Travail- l'imaginaire était celui de l'homme-machine, c'est à dire, l'homme invente la machine et il croit que lui-même fonctionne comme elle. L'auteur va jusqu'à mentionner l'œuvre *Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* de Thomas Hobbes pour illustrer le fait que cet imaginaire de l'homme-machine ne passait pas seulement par les productions de l'administration scientifique du travail, mais par toute la culture occidentale : « C'est sans doute chez Hobbes, au milieu du XVIIème siècle que cette conception [imaginaire homme-machine] a été exprimée avec le plus de clarté. » À la base de son célèbre ouvrage « se trouve non pas une métaphore, mais une véritable anthropologie physique : celle de l'homme machine qui construit un gouvernement à son image. Et l'on peut voir dans ce texte séminal comment la Religion, le droit, la science et la technique se sont conjugués pour aboutir à l'époque des temps modernes à un imaginaire normatif qui est encore largement le nôtre : celui qui se représente l'État sur le modèle de la machine, » Supiot, *La Gouvernance par les Nombres*, 720.

¹²¹ Pour Supiot, si au commencement l'homme a construit la machine en pensant fonctionner comme elle, aujourd'hui il a construit l'ordinateur et semblerait aussi dire qu'il fonctionne comme lui, Supiot, *La Gouvernance par les Nombres*, 720. De fait, le propre Wiener, père de la cybernétique, la conçoit cherchant à comprendre que l'homme est détenteur d'une biologie qui fonctionne justement comme celle des TIC : « Ma thèse est que le fonctionnement de l'individu vivant et celui des nouvelles machines de communication sont précisément parallèles dans leurs efforts identiques pour contrôler l'entropie par l'intermédiaire de la rétroaction (*feed-back*). Chez l'un comme chez l'autre, il existe un appareil spécial pour rassembler l'information provenant du monde extérieur à de faibles niveaux d'énergie et pour la rendre utilisable en vue du fonctionnement de l'individu ou de la machine. Ces messages extérieurs ne sont pas assimilés à l'état pur mais transformés par les organes intérieurs de l'appareil qu'il soit vivant ou non. L'information prend alors une forme nouvelle afin de pouvoir être utilisée en vue des stades ultérieurs du fonctionnement (*performance*). Qu'il s'agisse de l'homme ou de la machine, ce fonctionnement a pour fin d'exercer un effet sur le monde extérieur et c'est l'action exercée (*performed*) sur le monde extérieur et non pas simplement l'action projetée (*intended*) qui est rapportée en retour à l'appareil régulateur central. » Norbert Wiener, *Cybernétique et société* (Paris : Deux Rives, 1954), 31-32.

par un jeu implacable de poids et de forces [...], a été supplanté par la modèle cybernétique de l'ordinateur. Dès lors, l'organisation du travail n'est plus conçue comme un jeu de poids et de forces dont le travailleur ne serait qu'un engrenage, mais comme un système programmable faisant communiquer entre elles des unités capables de rétroagir aux signaux qu'elles reçoivent en fonction de cette programmation¹²². »

Face à ce cadre, en dehors du fait de provoquer un déséquilibre de pouvoir dans la relation de travail, l'utilisation de TIC dans l'organisation du travail apporte à cette relation des risques inexistant à l'époque à laquelle le Droit du Travail fut conçu. On remarquera que le fait d'être constamment soumis à une surveillance peut conduire à des traumatismes d'ordre psychologique irréversibles¹²³. En plus, les menaces à la vie privée deviennent potentielles, dès lors que, les données collectées, même involontairement, durant des années à travers les équipements de l'entreprise ou même celles obtenues à travers d'autres bases de données permettent que des aspects de la vie personnelle de l'employé, dissociées du contrat de travail, comme la religion, l'ethnie, l'orientation sexuelle, etc. soient connus et traités par l'employeur avec les finalités les plus variées, parmi lesquelles celle de , sur la base d'elles-mêmes, prendre des décisions d'entreprise, toutes sans la moindre connaissance de l'employé¹²⁴, ce qui peut également occasionner de nouvelles formes de discrimination et d'inégalité¹²⁵ autant au moment de l'embauche que pendant le déroulement des relations de travail.

¹²² Supiot, *La Gouvernance par les Nombres*, 727.

¹²³ Voir : William S. Brown, "Ontological Security, Existential Anxiety and Workplace Privacy," *Journal of Business Ethics*, no. 23 (2000) : 61-65. M. Krausz et A. Sagiee Y. Bidermann, "Actual and Preferred World Schedules and Scheduling Control as Determinant of Job-Related Attitudes," *Journal of Vocational Behaviour*, no. 56 (2000) : 1-11. M. Butts et al., "Hot buttons and time sinks : The effects of electronic communication during nonwork time on emotions and work-nonwork conflict," *Academy of Management Journal*, no. 58, (2015) : 763-788. Michele Heitz et Jean-Pierre Douard. "Stress au travail, la gestion du temps incriminée. La gestion du temps dans l'entreprise contemporaine : un apport réflexif sur le contexte actuel, les façons de l'appréhender et de le réguler," in *La souffrance au travail : quelle responsabilité de l'entreprise ?*, ed. Pierre Bradelle et José Allouche, (Paris : Armand Colin, 2012), 201-230. Retenant l'attention sur le fait que la simple science de l'employé suivant laquelle il existe un moyen de reconstruire son activité par l'employeur impacte définitivement sur le comportement de l'employé, indépendamment du fait qu'il ait ou non une conscience exacte du fonctionnement et des potentialités du système cela peut lui générer une maladie, Michel Gollac ; Serge Wolkoff et Loup Wolf, *Les conditions de travail* (Paris : La Découverte, 2007), 85 et s. Mettant l'accent sur le traumatisme psychologique résultant du fait que l'employé sait que les décisions de l'employeur sont désormais prises par des processus automatisés- et que, en conséquence, sa carrière et le maintien de son emploi dépendent d'un mécanisme qui lui est inaccessible et uniquement sous le contrôle de l'employeur. T.Cox ; A. Griffiths et E. Rial-Gonzalez, *Research on Work-Related Stress* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities), 2000, 14 et s.

¹²⁴ Dans ce sens, pour tous, Goñi Stein, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial* (Civitas : Madrid, 1988), 147.

¹²⁵ Comme on le rappelle dans Mark Freedland, *Data protection and employment in the European Union : an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States* (Oxford : Oxford, 1999), 27 et s.

De nouveau, le Droit du Travail est convié à équilibrer la situation de sujétion à laquelle se soumettent les citoyens face au changement dans l'organisation du travail provoqué par le progrès technologique et à rendre ainsi économiquement et politiquement durable l'exploitation du travail comme une marchandise. Cette fois-ci, fait à travers la limitation de l'exercice d'un pouvoir informatif qui aura été agrégé à l'employeur, incluant, ainsi, les risques physiques, économiques et personnels lui étant associés. Depuis la fin des années 1960, les risques résultant du traitement automatique d'informations relatives à la personne intègrent désormais l'ordre du jour des débats internationaux, notamment celui du Conseil de l'Europe¹²⁶, et de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique (dorénavant, seulement OCDE)¹²⁷. Parallèlement aux progrès dans les discussions internationales¹²⁸, le thème sera désormais abordé par la législation et par la jurisprudence de quelques pays européens¹²⁹, où, les premières solutions juridiques à ce problème sont en train d'être développées, lesquelles tournent autour d'une constatation et de la formulation d'un principe général : si les avantages et les facilités incontestables fournies par l'automatisation ne doit pas en même temps conduire à l'affaiblissement des positions de ceux qui ont leurs données stockées ou traitées, sous peine d'endommager la liberté individuelle, il existe une prémisse suivant laquelle le pouvoir bénéficié par cette facilité doit porter en soi la responsabilité sociale correspondante de celui qui utilise l'information, aussi bien dans le secteur public

¹²⁶ Voyons les documents élaborés depuis la création de la Commission Consultative à partir de 1967, jusqu'à l'élaboration de la Convention pour la Protection des Personnes par rapport au Traitement Automatique de données à caractère Personnel, en 1981, qui entra en vigueur en 1985, comme rapportés dans James Rule et Graham Greenleaf, *Global Privacy Protection : The First Generation* (Massachusetts: Elgar, 2009), 17 et s.

¹²⁷ On aperçoit à partir de documents produits par le groupe ad hoc d'experts créé en 1977, jusqu'à la création de la *Recommandation des Lignes Directrices Réglementatrices de la Protection de la Vie Privée et des Flux de Données Personnelles de 1980*, comme ils le sont rapportés dans Rule et Greenleaf, *Global Privacy Protection*, 17 et s.

¹²⁸ Qui ont culminé, en 2000, avec la consécration du droit à l'autodétermination informative comme droit fondamental, dans les termes de la Carte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, laquelle, dans son article 8^o décide que : « 1. Toute personne a le droit à la protection des données personnelles qui le concernent. 2. Ces données doivent être traitées loyalement à des fins déterminées et avec le consentement de la personne concernée ou avec un autre fondement légitime prévu par la loi. Toutes les personnes ont le droit d'accéder aux données collectées les concernant et d'obtenir la respective rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis à un contrôle par une autorité indépendante. » Pour un résumé historique du droit à l'autodétermination informative dans les textes du droit de l'Union Européenne, vérifier, pour tous, la synthèse de Monica A. Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, (Valencia : Tirant, 2006).

¹²⁹ On en donne un exemple avec la *Loi Française n° 78-17, de 1978*, (modifiée par la Loi n° 2004-801, du 6 août 2004) qui a créé la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL). Pour un résumé de la législation française de protection des données personnelles, voir Guillaume Desgens-Pasanau, *La protection des données personnelles* (Paris : LexisNexis, 2015). Dans la jurisprudence, le cas le plus emblématique est celui du dit *Cas du Recensement*, jugé par le Tribunal Constitutionnel Allemand en 1983 (BVerfGE 65,1).

que dans le secteur privé. Il s'agit du droit à l'autodétermination informative ou du droit à la protection des données personnelles, autour duquel apparaissent des principes, établissant des conditions pour la collecte et le traitement d'informations personnelles d'autres personnes, des devoirs pour ceux qui les maintiennent sous leur responsabilité et des droits pour les titulaires des données personnelles, comme, par exemple, celui d'avoir accès, de corriger, de bloquer ou d'effacer les informations en pouvoir du responsable pour le traitement, trouvant actuellement sa meilleure synthèse dans la *Directive 95/46/CE du 23 novembre 1995*, du Parlement Européen et du Conseil de l'Europe¹³⁰. Conjointement avec l'évolution de cette prémisse générale de protection à l'autodétermination informative, il se développe également, vu la nature distincte de la relation de pouvoirs inhérente à cette relation, un système spécifique de protection à des données personnelles de l'employé, dans les relations de travail. Soit à travers de normes internationales sectorielles, spécifiques dans la protection des données personnelles dans le contexte de la relation de travail subordonné- comme il a déjà été initié au sein du Conseil de l'Europe ; des Organisations des Nations Unies, à travers l'Organisation Internationale du Travail¹³¹ ; et dans le droit de l'Union Européenne¹³² -, soit au moyen de la maturation doctrinaire et jurisprudentielle du droit interne, spécialement celui de quelques pays de l'Europe Occidentale, le Droit du Travail essaie d'ajuster sa technique pour rester apte à remplir son but qui est de civiliser les relations de travail.

6. Problématique. Au Brésil, il y a une large diffusion des TIC et une véritable fascination pour les facilités qu'elles dévoilent, comme le dénoncent les recherches statistiques de divers milieux. Selon une recherche réalisée en 2017 par la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, par exemple, le Brésil a occupé la quatrième place au classement des pays ayant le plus grand nombre d'utilisateurs d'internet. Au moins 120 millions de personnes accèdent chaque jour à

¹³⁰ Le *Règlement (UE) 2016/679* du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) a été publié le 4 mai 2016, il est entré en vigueur le 25 mai 2016 et il sera applicable à partir du 25 mai 2018. Pour une vue générale sur les changements réalisés par le nouveau règlement, vérifier : Iona Gheorghiu-Badescu, "Le nouveau règlement général sur la protection des données," *Revue de l'Union Européenne* 22, no. 2 (2016) : 466-477.

¹³¹ Comme, respectivement, la *Recommandation R (89) 2* du Comité Europe Recommandation de Ministres des États- Membres du Conseil de l'Europe de 1987 et le Répertoire de Recommandations Pratiques sur la Protection de Données Personnelles des Travailleurs de l'Organisation Internationale du Travail, de 1966.

¹³² Dans l'Union Européenne, le *Règlement (EU) 2016/679* a consacré l'article 88 au traitement de données dans le cadre des relations de travail.

l'internet dans le pays, à travers des appareils mobiles, ou de l'ordinateur¹³³. Dans un sondage réalisé par l'Institut de Géographie et Statistique, l'année de 2017 a enregistré que trois brésiliens sur quatre, dès dix ans, ont un portable personnel¹³⁴. Des données obtenues en 2017 par l'Association Brésilienne de Télécommunications révèlent que, ces dernières années, le service d'internet a avancé dans le pays non seulement en nombre, mais aussi en territoire : la technologie de l'internet mobile 4G (plus rapide que le 3G) était déjà présente dans 3.039 des 5.570 municipalités brésiliennes, où habitent plus de 87% de la population¹³⁵.

En dehors du fait d'être répandues, les TIC sont largement utilisées, le Brésil étant, par exemple, celui, parmi les pays d'Amérique Latine, où il y a le plus grand nombre de publications dans les réseaux sociaux¹³⁶. Il est également mentionné que, en mai 2017, le réseau social *Whatsapp*, application mobile multiplateforme qui fournit un système de messagerie instantanée via Internet et via les réseaux mobiles, à travers laquelle il est possible de partager des textes, des images, des vidéos, des audios et réaliser des audios ou des appels vidéo, a enregistré plus de 120 millions d'utilisateurs actifs au Brésil. Ils ont représenté 10% des 1,2 milliard d'utilisateurs de l'appli dans le monde¹³⁷. Utilisant ce réseau social, en 2017, 64% (quasiment deux tiers) des utilisateurs actifs du *Whatsapp* dans le pays ont utilisé avec fréquence des messages de voix, parmi lesquels

¹³³ Le Brésil est à peine derrière les États-Unis (242 millions), de l'Inde (333 millions) et de la Chine (705 millions). Après le Brésil, apparaissent, par ordre, le Japon (118 millions), la Russie (104 millions), le Nigéria (87 millions), l'Allemagne (72 millions), le Mexique (72 millions) et le Royaume-Uni (59 millions). Intéressant aussi de noter dans le sondage que les indices élevés d'utilisateurs au Brésil sont répartis de forme inégale, régionalement comme économiquement. Dans le recoupement régional, par exemple, l'indice est de 40% dans le Nordeste, contre 64% dans le Sudeste. Quant aux inégalités d'accès observées à partir de la situation économique, l'internet est présent dans 29% des ménages au revenu maximum d'un salaire minimum (l'équivalent actuellement d'environ 240 euros), contre un indice de 97% pour ceux qui gagnent jusqu'à dix salaires minimums. Tandis que dans la classe A la pénétration est de 98%, dans les classes D et E elle est à 23%. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, "Information Economy Report 2017 : Digitalization, Trade and Development" (New York et Genève : Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, 2017), 17 et s.

¹³⁴ Pour la population de 10 ans ou plus, 77,1% disposaient d'un appareil téléphonique portable personnel à la fin de 2016. L'indicateur varie de 65,1% (Nord) à 84,6% (Centre-ouest). Parmi les utilisateurs de cellulaires, 78,9% avaient accès à Internet au moyen d'un appareil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua" (Brasília : IBGE, 2018), <http://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/2217>.

¹³⁵ Selon des données de l'Association Brésilienne de Télécommunications (Telebrasil). "4G está presente em mais de 3 mil municípios brasileiros," Associação brasileira de telecomunicações, accès le 12 mars, 2018, <http://www.telebrasil.org.br/sala-de-emprensa/releases/8319-4g-esta-presente-em-mais-de-3-mil-municipios-brasileiros>.

¹³⁶ Nic Newman et al., "Digital News Report 2017" (Oxford : Reuter Institute for the Study of Journalism and Oxford University, 2017).

¹³⁷ Comme l'a annoncé le journal de Rio de Janeiro O Estadão. Redação Link, "WhatsApp chega a 120 milhões de usuários no Brasil," *O Estadão*, le 29 mai, 2017, <http://estadao.com.br/noticias/empresas,whatsapp-chega-a-120-milhoes-de-usuarios-no-brasil,70001817647>.

58,6% l'ont fait tous les jours ou presque tous les jours¹³⁸. Les indices élevés d'interactivité du brésilien dans le monde virtuel, par exemple, se vérifient également par l'utilisation, toujours plus fréquente, d'applicatifs de relations, qui a augmenté de 50% en 2017 par rapport à 2016¹³⁹.

Outre le fait d'être amplement répandues et utilisées par la population, les TIC sont aussi en vue au Brésil quand il s'agit de l'utilisation par une entreprise, qui accompagne, dans ce sens, chaque fois plus, la tendance mondiale. Dans un sondage commandé par la Fédération Industrielle, le degré de pénétration des TIC a été observé dans les entreprises brésiliennes en 2017, opérant aussi une projection de cette utilisation pour l'année de 2027¹⁴⁰. Cinq secteurs d'entreprises ont été testés, dans lesquels les TIC peuvent avoir une influence : les relations avec les fournisseurs, les relations avec les clients, le développement de produits, la gestion des affaires et la gestion de la production. Quant aux deux derniers secteurs (la gestion de la production¹⁴¹ et la gestion d'affaires¹⁴²),

¹³⁸ En 2017, au Brésil, Instituto Panorama de Pesquisas Independentes Sobre o Mercado de Conteúdo Móvel, "Mensageria no Brasil em 2017, relatório gratuito solicitável" (São Paulo : Produção Independente, 2017), <http://panoramamobiletime.com.br>.

¹³⁹ Comme l'annonce le journal O Globo, de Rio de Janeiro, se basant suivant des données de Google sur l'année des entreprises de télécommunications brésiliennes en 2017. Marlen Couto, "Estatísticas que podem ajudar quem procura um relacionamento na internet," *O Globo*, le 09 juin, 2017, <https://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/estatisticas-que-podem-ajudar-quem-procura-um-relacionamento-na-internet.html>.

¹⁴⁰ Le sondage a été réalisé par l'Institut Euvaldo Lodi, avec l'exécution technique des Instituts d'Économie de l'Université Fédérale de Rio de Janeiro ; l'Université Fédérale de Campinas et la Confédération Nationale de l'Industrie. Instituto Euvaldo Lodi et all., "Relatório Síntese da Pesquisa de Campo Análise agregada dos resultados, Riscos e Oportunidades para o Brasil diante das inovações disruptivas" (Brasília : Instituto Euvaldo Lodi), 2017.

¹⁴¹ En évaluant la *gestion de production*, l'étude a voulu examiner l'état technologique des entreprises brésiliennes dans une production automatisée, avec des solutions de communication Machine-to-Machine. Dans un premier stage de développement, se situent les entreprises qui utilisent une automatisation simple, aux machines non connectées. Actuellement cette technologie est utilisée dans 42,2% des entreprises, avec une projection de 15,5% en 2027. Dans un second degré de développement, se situent celles qui implantent un processus partiel ou totalement automatisé, actuellement au nombre de 42,2% des entreprises brésiliennes, une fraction qui diminuera en 2027 à 33,2%. Dans un troisième degré d'évolution technologique, existent actuellement 13,7% des entreprises brésiliennes, lesquelles utilisent des systèmes intégrés d'exécution de processus. En 2027, la projection élève le chiffre à 36%. Enfin dans le quatrième et plus élevé niveau technologique, de gestion de la production se situent les entreprises qui possèdent une production automatisée grâce à des solutions de communication Machine-to-Machine. Actuellement utilisée par 1,4% des entreprises, cette technologie s'étendra à 15,3% en 2027. Instituto Euvaldo Lodi et all., "Relatório Síntese da Pesquisa de Campo Análise agregada dos resultados, Riscos e Oportunidades para o Brasil diante das inovações disruptivas," 29.

¹⁴² Quant à l'utilisation des TIC dans la *gestion des affaires*, on a voulu examiner jusqu'où l'intelligence artificielle vient en aide à l'entrepreneur brésilien dans la prise de décisions. Dans un premier stage de développement, se trouvent les entreprises qui utilisent des systèmes d'information indépendantes, spécifiques à chaque secteur, sans intégration, qui représentent actuellement 14,9% des entreprises brésiliennes, un montant qui se réduira à 7% en 2027. Dans un deuxième degré technologique, se trouvent celles qui utilisent des systèmes composés par des modules et des bases de données intégrées, représentant actuellement 67,7% des entreprises, qui diminuera à 29,6% en 2027. Dans un troisième, ce sont actuellement 16,7% des entreprises brésiliennes qui utilisent une plateforme web avec base de données pour aider dans l'analyse de la transaction. Ce chiffre s'élèvera, en 2027, à 44,7%. Le quatrième et plus haut

qui impactent le plus frontalement les relations de travail, les chiffres révèlent qu'il existe déjà une large diffusion de l'utilisation des TIC et la tendance est que, en 2027, les entreprises utiliseront de plus en plus des appareils toujours plus sophistiqués, en automatisant toujours plus la production, grâce à des solutions de communication M2M¹⁴³, et priorisant toujours plus un processus dans lequel les décisions d'entreprise seront prises par une intelligence artificielle, à partir du traitement de données.

Si l'on considère la profonde diffusion et l'utilisation individuelle et d'entreprise assidue des TIC au Brésil, et que les relations de travail dans le pays se réalisent, de façon considérable, en termes numériques, dans un environnement fortement informatisé, quelles sont les protections que le Droit du Travail brésilien actuellement offre à la domination de l'information sur l'employé de l'employeur ? Cette tutelle se rapproche-t-elle de ce qui, dans le discours international, reçoit le nom de droit à l'auto-détermination informative ou de droit à la protection de données personnelles ?

En vérité, un paradoxe repose ici : malgré une grande centralité des TIC dans la société brésilienne contemporaine, jusqu'à ce jour, il n'existe pas dans le pays de cadre réglementaire pour la protection de données personnelles, qu'il soit général ou spécifique, dans les relations de travail. Il semble que, en vertu certainement de particularités sociales et historiques du pays, une demande pour une protection des données personnelles n'est

niveau technologique de gestion des affaires, pour l'étude, est celui exercé au moyen de processus automatisés avec le soutien de l'intelligence artificielle et l'utilisation de *big data analytics* qui est aujourd'hui une réalité pour 0,8% des entreprises du pays, mais qui ira à 18,7% en 2027. Instituto Euvaldo Lodi et all., "Relatório Síntese da Pesquisa de Campo Análise agregada dos resultados, Riscos e Oportunidades para o Brasil diante das inovações disruptivas," 31.

¹⁴³ Machine-to-Machine(M2M) est la technologie qui permet la transmission de données à un système à travers un dispositif à distance connecté à une machine. Ce dispositif (senseur) est en temps normal équipé d'une carte SIM qui peut recevoir et transmettre les données d'un évènement, sans l'utilisation de câbles vers un serveur central, dans lequel ces données sont converties en un applicatif d'informations significatives pouvant être analysées et manipulées. Autrement dit, le M2M connecte des machines, des dispositifs et des appareils à internet, les transformant en des ressources intelligentes qui échangent des informations en temps réel et offrent une variété de possibilités pour une gestion des affaires. La communication avec la Machine-to-Machine peut être utilisée pour obtenir un retour immédiat sur la manière avec laquelle des ressources à distance déterminées sont utilisées, lesquelles de ces ressources sont les plus populaires et quels problèmes, comme des erreurs ou des défauts, apparaissent normalement. Ces informations sont utiles pour réduire le temps de traitement et fournir une version améliorée, actualisée ou encore pour fournir des services pro-actifs, permettant, ainsi, d'avoir un avantage compétitif pour l'entreprise. C'est une technologie qui cherche à : Améliorer le service, fidéliser la clientèle et créer de nouvelles opportunités et un meilleur rendement; Garantir la sécurité, grâce à une surveillance omniprésente; Optimiser l'utilisation d'actifs, en fournissant les résultats aux entreprises; Perfectionner le processus de production et améliorer la productivité, au moyen de centrales de systèmes de gestion; Améliorer la performance et réduire les coûts, grâce à l'utilisation d'informations en temps réel. Dans ce sens, voir OCDE, "Machine-to-Machine Communications : Connecting Billions of Devices," *OCDE Digital Economy Papers*, no. 192 (2012).

pas uniformément ressentie par la population brésilienne¹⁴⁴. Une indifférence culturelle et juridique plaçant actuellement le Brésil en tête des sondages indiquant des attentats à la vie privée et des infractions pratiquées sur internet¹⁴⁵. Les contradictions ne s'arrêtent pas là. Quand on parle de relations de travail, au Brésil elles oscillent entre la modernité la plus sophistiquée et un degré élevé de servilité¹⁴⁶, lesquelles sont immergées dans un environnement dans lequel la protection de l'information personnelle n'a pas de place centrale dans les préoccupations des citoyens mais, en même temps, elles représentent la matière première des technologies de l'information et de la communication, amplement utilisées dans le processus de production des entreprises brésiennes, de par le retour sur bénéfice qu'elles génèrent¹⁴⁷. Ainsi, au Brésil, les conflits d'intérêts entre les employés, les employeurs et les politiques publiques dans l'obtention et dans l'utilisation d'informations personnelles de l'employé, en dehors des risques associés à cette pratique, se développent d'une façon générale suivant les mêmes caractéristiques que ceux des pays européens.

¹⁴⁴ Pour un résumé des indices qui tracent un profil des inégalités socio-économiques au Brésil, vérifier : Marcia de P. Leite et Carlos Sales, "Trabalho e desigualdades no Brasil : desafios e contradições do atual modelo de desenvolvimento," *Idéias d'Amérique, Crise ou transformation du monde du travail dans les Amériques*, no. 5 (2015).

¹⁴⁵ Illustrativement, voyons la recherche commandée par la Symantec Corporation, suivant laquelle le Brésil, en 2017, a figuré comme le deuxième pays du monde dans lequel un plus grand nombre d'enfants ont souffert de harcèlement sur internet, à égalité avec l'Inde. Dans le même sondage de la Symantec Corporation, il est établi que, en 2017, 62 millions de brésiliens ont été victime de cybercrime, 61% de la population adulte connectée dans le pays, Symantec Corporation, Norton Cyber Security Insights Report 2017. Dans le sondage, le crime cybernétique est défini comme, mais non limité à, une série d'actions spécifiques, qui incluent le vol d'identité, la fraude à la carte de crédit ou au code de votre compte violé. Pour les buts recherchés par ce compte-rendu, une victime de cybercrime est une personne interviewée ayant confirmé qu'un ou plusieurs de ces incidents a bien eu lieu. Symantec Corporation, "Norton Cyber Security Insights Report 2017" (Mountain View, 2017), <http://www.imcgrupo.com/impress/gt/upload/682ad8e812e224fa62897763c64459a4.pdf>. Voir aussi le sondage diffusé par BBC Brasil, dans une collecte d'informations sur des adeptes de jeux virtuels au Brésil, réalisée par une agence de technologie Sioux en association avec la Blend New Research et la ESPM en 2012, elle a montré que 62% des 874 joueuses interviewées avaient subi un harcèlement dans des jeux online. André Bernardo, "Maioria entre gamers no Brasil, mulheres enfrentam preconceito e assédio," *BBC Brasil*, le 16 mars, 2017, <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39287008>.

¹⁴⁶ Les contrastes sociaux au Brésil ont été l'objet d'une étude hors pair du juriste français Jacques Lambert, dans laquelle il s'étonnait de constater que « le Brésil reproduit les contrastes du monde puisqu'on y retrouve des aspects qui rappellent New York ou Chicago à côté d'autres qui évoquent ceux de l'Inde et de l'Égypte ». Jacques Lambert, *Le Brésil* (Paris : Armand Colin, 1953), 64. Le thème des contrastes sociaux du Brésil est aussi l'objet d'une bibliographie brésilienne très étoffée, parmi lesquelles nous citons les oeuvres suivantes : Victor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto* (São Paulo : Companhia das Letras, 2012) ; Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala*, (Rio de Janeiro : Record, 1988) ; Raymundo Faoro, *Os donos do Poder, Formação do patronato político brasileiro*, (Porto Alegre : Globo, 1958) ; et Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, (São Paulo : Companhia das Letras, 2014).

¹⁴⁷ Selon l'*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, pour chaque 1% de plus d'accès à internet le PIB brésilien augmente de 0,19%. Alexandre Ywata de Carvalho; Mario Jorge Mendonça et José Jaime da Silva, "Avaliando o efeito dos investimentos em telecomunicações sobre o PIB, Texto para discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada" (Brasília et Rio de Janeiro : IPEA, 2017).

Néanmoins l'inexistence de protection de données par voie légale, y aurait-il, dans le droit brésilien, des potentialités exploitées par la jurisprudence ou par la doctrine, visant à une protection plus proche des finalités pour lesquelles cette branche du droit a été conçue, comme également plus proche d'une protection effective de la liberté individuelle sous-jacente à un droit à l'autodétermination informative ?

Dans la Constitution Fédérale de 1988, laquelle a redémocratisé le pays après une ultime période autoritaire¹⁴⁸, bien qu'existent une série d'articles dans lesquels figurent des garanties de libertés individuelles et de droits sociaux, il n'existe pas de prévision directe d'une protection des données personnelles ou par des menaces provenant de l'utilisation des nouvelles technologies. Il y a, dans le texte constitutionnel, des dispositifs garantissant l'inviolabilité de l'intimité, de la vie privée, de l'honneur et de l'image des personnes¹⁴⁹, l'inviolabilité de la correspondance et des communications télégraphiques, des données et des communications téléphoniques et¹⁵⁰ le droit fondamental à la liberté¹⁵¹. Il y a aussi le registre de la garantie pour les citoyens de recevoir des organismes publics des informations de leur intérêt particulier, collectif ou général, écartant celles dont le secret serait indispensable à la sécurité de l'État et de la société¹⁵² et la prévision du soi-disant *habeas data*¹⁵³, une action judiciaire qui a pour objectif de permettre que le requérant prenne connaissance ou rectifie l'information à son sujet, constante dans des bases de données gouvernementales ou de caractère public.

Dans les normes infra-constitutionnelles, il n'existe pas non plus de dispositifs spécifiques qui réglementent la protection des données personnelles, ni de forme générale, ni en étant destinés à la protection des données dans la relation de travail. Dans la législation du travail, par exemple, parmi les conduites interdites à

¹⁴⁸ On rappellera que dans l'histoire du Brésil il y a eu une alternance de régimes politiques autoritaires et démocratiques. De 1964 à 1985, ce fut la période de la dictature militaire au Brésil, l'ultime des régimes autoritaires légitimé par le droit brésilien enregistré par l'histoire du pays. En 1988, a été promulguée la Constitution Fédérale de 1988, actuellement en vigueur, dans laquelle les brésiliens font reposer leurs espoirs de consolidation d'un régime démocratique. Pour une approche historique de la période de dictature militaire dans le pays, vérifier : Leslie Bethel et Celso Castro, "Politics in Brazil under the Military Rule, 1964-1985," *Brazil since 1930*, ed. Leslie Bethel (New York : Cambridge University Press, 2008). Wanderley G. dos Santos, *Poder e Política: crônica do autoritarismo brasileiro* (Rio de Janeiro : Forense, 1978). Dans le même sens, excellent le travail du journaliste cearense récompensé Lira Neto, qui analyse la période de la dictature militaire sous une perspective biographique de l'autre cearense Castello Branco, président du Brésil entre 1964-1967. Lira Neto, *Castello, a marcha para a ditadura* (São Paulo : Contexto, 2004).

¹⁴⁹ Article 5°, X, de la Constitution Fédérale de 1988.

¹⁵⁰ Article 5°, XII, de la Constitution Fédérale de 1988.

¹⁵¹ Article 5°, *caput*, de la Constitution Fédérale de 1988.

¹⁵² Article 5°, paragraphe XXXIII de la Constitution Fédérale de 1988.

¹⁵³ Article 5°, LXXII de la Constitution Fédérale de 1988.

l'employeur¹⁵⁴, il n'y a pas mention au traitement automatique des données personnelles. Le Code civil brésilien traite des droits de la personnalité, avec une prévision de limites dans l'utilisation de l'image et des paroles de la personne¹⁵⁵ et avec la possibilité d'exiger la cessation de la menace ou du préjudice aux droits de la personnalité et en plus de réclamer des dommages-intérêts¹⁵⁶, mais ici non plus on ne trouve pas de règles particulières pour les situations qui concernent le traitement automatique des données personnelles¹⁵⁷. Dans la législation Pénale, nous avons des dispositions ponctuelles de protection de l'image et de la parole, à l'exemple des crimes contre l'inviolabilité de la correspondance et des secrets¹⁵⁸, toutefois elles ne traitent pas non plus spécifiquement d'une protection des données personnelles¹⁵⁹.

Dans la jurisprudence du travail, il n'y a pas encore eu de manifestation spécifique ou systématique sur l'existence d'un droit à l'autodétermination informative de l'employé, la question étant traitée de forme diffuse à travers une tentative de limiter le pouvoir de contrôle de l'employeur en préservant le droit à la vie privée de l'employé¹⁶⁰. Les contours de cette protection jurisprudentielle, cependant, émettent vers les juridictions des signaux très imprécis¹⁶¹. Ils arrivent même, d'une certaine manière, à favoriser le fait que le contrôle des activités de l'employé soit exercé à travers l'utilisation de moyens électroniques au lieu de promouvoir une fiscalisation physique, car ils pensent que ceux-là sont moins nuisibles aux employés que ceux-ci¹⁶². Il existe dans la doctrine d'importantes œuvres à propos du droit à la vie privée de l'employé dans les relations de

¹⁵⁴ Peu nombreux sont les articles, dans la législation du travail, destinés à caractériser des conduites interdites à l'employeur. L'exemple le plus catégorique est celui de la prévision contenue dans l'article 373-A, VI de la Consolidation des Lois du Travail, qui interdit à l'employeur de procéder, l'employeur ou son préposé, à des fouilles intimes sur les employées ou fonctionnaires.

¹⁵⁵ Article 20 du Code civil.

¹⁵⁶ Article 12 du Code civil.

¹⁵⁷ Dans le Code civil, il existe également des règles sur la responsabilité devant des actes illicites (extracontractuel), la responsabilité indirecte et l'abus de droit, comme la prévision de réparation de dommages (articles 186, 187 et 927 du Code Civil).

¹⁵⁸ Article 151 à 153 du Code pénal.

¹⁵⁹ On cite également la Loi d'interceptions Téléphonique (Loi n. 9.296/96), la loi qui traite de la rupture du secret bancaire (Loi Complémentaire n. 105/01) et la loi qui régleme l'habeas data (Loi n. 9.507/97), lesquelles d'une certaine manière fournissent leur protection à des aspects ponctuels relatifs à la garantie de la confidentialité et à l'accès aux données dans des bases de données, malgré tout étant destinées à ceux qui appartiennent à des organismes de caractère public. Dans le Code de défense du consommateur (Loi 8.078/90), il y a une mention à certaines règles concernant le traitement de données, cependant celles-ci s'appliquent, en principe, uniquement aux relations de consommation.

¹⁶⁰ TST, AIRR:1640408620035010051, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 24/10/2008.

¹⁶¹ Voyons, par exemple, cette décision, dans laquelle la Cour affirme que « les employés ne doivent pas nourrir l'expectative de vie privée dans le lieu de travail ». TRT-9, 296320052904, Seli Gil El-Rafih, 19/01/2007.

¹⁶² Dans ce sens, TST-RR:613002320005100013João Oreste Dalazen, 18/05/2005.

travail, lesquelles, cependant, lorsqu'elles traitent de questions relatives à la protection des données de l'employé, quand elles le font, n'abordent que de forme indirecte le thème¹⁶³, vu qu'il n'existe pas, dans le Droit du Travail brésilien, d'étude systématique sur l'autodétermination informative dans les relations de travail. Ainsi, la fragile protection de l'information de l'employé, sans structure particulière dans le droit brésilien, n'est pas prête à répondre de manière adéquate aux défis inhérents à son rôle actuel dans les rapports de travail du pays, ne prenant pas en compte les problèmes visés dans les normes de droit international du travail et dans le modèle européen de protection à l'autodétermination informative.

À présent, l'excès de pouvoirs concentrés dans la figure de l'employeur, provoqués par une nouvelle configuration socio-économique provenant de l'évolution technologique de l'époque de l'industrialisation en Europe, ajouté aux nouveaux risques physiques économiques et personnels auxquels les travailleurs ont été soumis, fut ce qui provoqua la propre apparition du Droit du Travail, dont la technique de résolution de l'asymétrie des pouvoirs existants dans la relation de travail a été celle de, d'un côté, reconnaître et légitimer cette inégalité¹⁶⁴ ; comme autant, toutefois, de l'autre côté, d'imposer à l'exercice de ces pouvoirs une série de limites, pour la civiliser, c'est à dire, « le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être de faire resurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, c'est à dire de " civiliser " le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même

¹⁶³ Sur la protection de la vie privée de l'employé dans les relations de travail dans une perspective contractuelle, pour tous, Alice Monteiro de Barros, *Direito à intimidade nas relações de trabalho* (São Paulo : LTr, 2009). Sur la protection de la vie privée, dans une perspective de collision de principes, pour tous, Sandra Lia Simon, *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado* (São Paulo : LTr, 2000). Bruno Lewicki, *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho* (Rio de Janeiro : Renovar, 2003). Sur la protection de l'employé dans les relations de travail, dans une perspective de limitation du pouvoir de l'employeur, pour tous, Laert Mantovani Junior, *Direito Constitucional à intimidade e à vida privada e o poder diretivo do empregador* (São Paulo : LTr, 2010). Sur la protection de la vie privée, conduisant seulement à une situation spécifique (internet et contrôle de la correspondance électronique) qui concerne la protection des données personnelles, analysant sous une perspective de collision de principes existant en elle, sans toutefois prendre en compte l'autodétermination informative, Alexandre Agra Belmonte, *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho e a tutela das questões jurídicas relacionadas ao uso das redes sociais* (São Paulo : LTr, 2014). Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo, *O poder de Controle empresarial: suas possibilidades e limitações - o caso das correspondências eletrônicas* (São Paulo : LTr, 2013). Estêvão Mallet, "Apontamento sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho," *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, no. 104, (2009). Luís Carlos Moro, "A internet nas relações de trabalho e limites às condutas de patronais e de empregados." *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo*, no. XXXII, (2012).

¹⁶⁴ Dans le rapport hiérarchique, c'est l'inégalité et non l'égalité qui fait ainsi figure de principe juridique constitutif. Tel est bien le cas du lien de subordination, qui fonde le rapport entre employeur et salarié sur un principe juridique d'inégalité. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, 15.

temps - irréductible ambivalence du droit- une légalisation et une limitation de ce pouvoir¹⁶⁵. » Le manque de réglementation quant aux données personnelles au Brésil qui impose des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur de disposer de l'information concernant l'employé, face aux récents changements dans le mode d'organisation du travail en conséquence de la diffusion des TIC épuise la propre technique du droit du travail - en déséquilibrant l'équation de la subordination juridique provenant du contrat de travail; c'est être complice d'une « déshumanisation¹⁶⁶ » du travail humain, et impliquant l'exposition conséquente de travailleurs à des risques physiques, économiques et d'identité, leur masquant en plus la garantie du droit à la vie privée ; et cela porte offense à la dignité de la personne humaine et aux valeurs sociales du travail humain, des valeurs qui, par choix du pouvoir constituant originaire de 1988, composent les fondements de la République Fédérative du Brésil. De quelle manière « accommoder » les effets déshumanisants de ce progrès technologique dans les relations de travail, face au manque de réglementation dans le droit brésilien ? En d'autres termes, comment la technique du droit du travail peut-elle, dans le cas brésilien, être employée pour humaniser la technique de la gestion d'entreprise, réaffirmant son engagement de mettre les technologies au service du bien-être des hommes en maintenant ainsi durable économiquement et politiquement l'exploitation du travail ?

7. Méthodologie. Nous prétendons essayer d'apporter une solution à la problématique présentée à partir d'une analyse de droit comparé. Mais « quel droit comparé ?¹⁶⁷ » En l'état actuel des débats la distinction entre *droit comparé* et *étude de la législation étrangère* fait déjà consensus¹⁶⁸. Si chacun d'eux visent une meilleure connaissance des autres droits et une amélioration des relations entre les sociétés, le droit comparé, nécessairement, a un objectif en plus, à savoir, celui de fournir une meilleure

¹⁶⁵ Supiot, *Critique du droit du travail*, 124.

¹⁶⁶ Alessandro Bellavista, *Il controllo sui lavoratori* (Turin : Giappichelli editore, 1995), 72.

¹⁶⁷ On fait ici allusion à l'article du juriste canadien Patrick Glenn, dans lequel il expose l'évolution des nombreux types d'abordage du droit comparé. Patrick Glenn, "Quel droit comparé ?," *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, no. 43, (2013) : 23-44.

¹⁶⁸ Depuis le Congrès International de droit comparé, réalisé à Paris, en 1900, l'amplification de l'objet d'études du droit comparé n'a pas seulement fait consensus (et la distinction entre ce type d'études et l'étude de la législation comparée) mais également la reconnaissance d'une finalité et d'une méthode propre. Dans ce sens, et pour faire un bilan de l'évolution des finalités et des méthodes des études de droit comparé, vérifier Béatrice Jaluzot, "Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective", *Revue Internationale de Droit Comparé* 57, no. 1, (2005) : 29-48. Mathias Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Law on the Second Half of the Twentieth Century," *The American Journal of Comparative Law* 50, no. 4 (2002) : 671-700.

compréhension du propre droit pris comme référence, entreprise pour laquelle elle développe des méthodes propres¹⁶⁹. Même s'il part parfois de l'étude de la législation étrangère, le comparatiste est donc celui qui cherche, à partir de celle-ci, à l'aide de ressources propres au droit comparé, à arriver à une meilleure compréhension du propre droit¹⁷⁰.

Avec l'évolution des études comparatistes, la fonction attribuée au droit comparé va désormais plus loin : en permettant une meilleure compréhension du propre droit, en permettant la construction de ce savoir sur ces droits, la comparaison peut faire apparaître « d'autres objets de pensée que ceux que l'on comparait initialement : tout comme la considération des hommes fait surgir la pensée de l'homme, la confrontation des droits inspire l'idée de l'existence même du droit¹⁷¹ ». Ainsi, au stade actuel de son développement, le droit comparé n'est plus seulement une méthode d'approche de ces droits étrangers les uns aux autres ; de même il n'est plus seulement un savoir sur ces droits ou une intelligence de leur esprit, mais il tend aussi à « révéler que le droit existe indépendamment de ses incarnations particulières, nationales ou supranationales [...] le comparatisme a réussi, en France, à accrédi-ter cette vérité que le droit n'est ni d'un temps ni d'un lieu et que la comparaison en droit ne se contente pas de produire du droit comparé : elle tend aussi à révéler le droit qui, en soi, n'est ni français, ni étranger, ni comparé, ni national, ni international ; la comparaison confirme qu'il est bien un mais sans se réduire ni à un contenu prédéterminé ni à une structure formelle vide de toute substance¹⁷² ». Le

¹⁶⁹ Picard rappelle que « les méthodes "paraissent tellement essentielles au droit comparé que cette discipline, au fond et avant tout, se présente en elle-même comme une méthode d'approche de ces droits même si, curieusement, l'unanimité n'est plus ou n'est pas encore vraiment acquise sur ce point ». Étienne Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," *Revue Internationale de Droit Comparé* 51, no. 4 (1999) : 898. Dans le même sens, Borislav T. Blagojevic, "Droit comparé- méthode ou science", *Revue Internationale de Droit Comparé* 5, no. 4 (1953) : 649-657.

¹⁷⁰ La finalité de comprendre le propre droit à travers l'étude de droit comparé, est également un thème abordé dans le travail de Picard: « d'une façon paradoxale- apparemment tout au moins-, on peut donc soutenir que l'utilité recherchée du droit comparé est de se sentir un peu moins dépaysé à l'étranger, pour s'y trouver un peu chez soi : plus profondément encore, une fois que l'on ne se sent plus trop dépaysé, de demeurer assez lucide pour bien comprendre en quoi et jusqu'à quel point cet ordre juridique autre reste autre et le demeure irréductiblement, mais relativement. » Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 898.

¹⁷¹ Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 899.

¹⁷² Et l'auteur continue, « L'idée s'établit enfin- se rétablit, devrait-on dire- que les systèmes juridiques, quels qu'ils soient, ne peuvent que se plier à ces principes, règles ou normes, lesquels, pour ne jamais avoir été posés par quelconque législateur universel et souverain, sont tout de même obligatoires et dotés d'une sorte de souveraineté proprement juridique en ce qu'elle s'impose objectivement à tous les législateurs, juges ou autre autorités normatives, quand bien même celles-ci revendiqueraient une autre sorte de souveraineté. Et c'est une des fonctions nouvelles- renouvelées- du droit comparé que d'identifier ces principes, règles ou normes formant ce droit autre qui s'impose à ces droits nationaux ou supranationaux, néanmoins toujours étrangers les uns aux autres. [...] : Le réel juridique, autant que le réel a-juridique, opposé, au stylet des législateurs et des constituants comme à la plume des juristes, cette résistance, cette

droit comparé a donc la fonction de démontrer que les éléments constitutifs du droit ont une unité, que le droit « a une essence qui pour son bien même doit toujours être en quête de lui-même¹⁷³ ». En fournissant cette perception, l'analyse comparative est également un outil pratique pour que le comparatiste puisse réclamer d'autres droits susceptibles d'améliorer l'ordre juridique tenu pour référence. Le droit comparé permet « une sorte de déhiscence du droit positif¹⁷⁴ ».

Tel est l'esprit du droit comparé avec lequel la thèse ici développée prétend appréhender la problématique émise. Il sera, en conséquence, employé pour permettre une meilleure compréhension du droit brésilien (droit de référence), à partir de l'étude des normes de protection de données personnelles produites au sein du droit étranger, à

dureté de matière, qui les empêche d'y inscrire exactement ce qu'ils voudraient : l'on ne peut plus appeler " démocraties " ou " États de droit " les régimes qui, fondamentalement, méconnaissent la volonté populaire ou écrasent la personne. Ce temps-là est révolu. Et c'est ce que le comparatisme, avec d'autres approches des mêmes réalités, est en train, progressivement, de révéler à nouveau. » Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 915.

¹⁷³ Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999", 915. Dans le même sens, attribuant cette signification au droit comparé, vérifier : Pierre Legrand, "À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique," *Revue Internationale de Droit Comparé* 45, no. 4 (1993) : 879-888. Otto Pfersmann, "Fonction interprétative et fonction critique. Le droit comparé comme interprétation et comme théories du droit." *Revue Internationale de Droit Comparé* 53, no. 2 (2001) : 275-288. Hugh Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law," *Oxford Journal of Legal Studies* 11, no. 3-1 (1991) : 396-406. Hein Kötz, "Comparative Law in Germany Today," *Revue Internationale de Droit Comparé* 51, no. 4 (1999) : 753-755. Hans Ficker, "L'état du droit comparé en Allemagne," *Revue Internationale de Droit Comparé* 110, no. 4 (1958) : 701-718.

¹⁷⁴ C'est comme l'atteste Pierre Legrand : « Ainsi l'analyse comparative a pour mission de se rendre anamnétique en revendiquant une sorte de déhiscence du droit positif. Ceci étant, je n'exige tout de même pas du comparatiste qu'il s'improvise tour à tour, ou qu'il soit jamais uniquement, historien, économiste, sociologue ou quoi encore. Et je n'ignore pas qu'intervenant depuis le champ « juridique », le comparatiste des droits risque de ne pas prendre la pleine mesure des enjeux et intérêts caractéristiques de tel ou tel autre champ, irréductibles à ceux propres à « son » champ. Aussi l'interdisciplinarité dont on doit se réclamer, c'est « l'interdisciplinarité seulement comme un processus maîtrisé d'emprunts réciproques [...] de concepts, de problématiques et de méthodes pour des lectures renouvelées » du droit. Il s'agit donc de savoir désobéir et, ainsi, d'accepter de « traverser les frontières des grands féodaux de la critique ». » Pierre Legrand, *Le droit comparé* (Paris : Presses Universitaires de France, 2016), 45-46. Dans le même sens, Horatia Muir Watt, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé* 52, no. 3 (2000) : 503-527. G. Fletcher, "Comparative Law as a Subversive Discipline," *The American Journal of Comparative Law* 46, no. 4-1 (1988) : 683-700. Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 916. Otto Pfersmann, "Fonction interprétative et fonction critique. Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit," 277. Hugh Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law," 398. Kötz, "Comparative Law in Germany Today," 758, Ficker, "L'état du droit comparé en Allemagne," 714.

savoir, dans le droit international et dans le droit de l'Union Européenne^{175 176}. L'objet de cette étude comparatiste sera, ainsi, préférentiellement systématique et ponctuelle : on ne va pas promouvoir une comparaison de systèmes juridiques comme un tout, mais à partir de l'ensemble de normes destinées à la protection des données personnelles et à la limite du pouvoir de l'employeur de disposer de l'information concernant l'employé. Cette étude comparatiste, ainsi, aura le but de révéler que le droit à l'autodétermination informative est une notion juridique se trouvant en dehors des limites formelles de la législation étrangère, cette notion qui ne peut quant à elle échapper au droit brésilien, le Brésil étant un État Démocratique de Droit fondé sur la dignité humaine¹⁷⁷. Le droit comparé permettra, donc, que l'on puisse démontrer qu'il existe déjà un droit à la protection des données personnelles dans les relations de travail caché dans la dogmatique du droit brésilien, et qui, à partir de ce fait, puisse se réclamer être un modèle de limite du pouvoir de l'employeur de disposer de l'information concernant l'employé dans le droit brésilien.

8. Justificatifs. Les innombrables statistiques élevant le Brésil aux premiers rangs mondiaux dans la diffusion, le développement et l'utilisation des TIC par les entreprises, l'État et les individus, ne trouvent pas de miroir dans l'actuelle protection juridique nationale quant aux thèmes qui lui sont connectés. Elles révèlent l'énorme quantité de personnes qui restent les otages des nouveaux risques personnels, physiques, économiques et sociaux face à l'absence de réponse juridique satisfaisante qui limite le pouvoir de l'employeur de disposer des informations concernant les employés, en prenant en compte un droit à l'autodétermination informative, ce qui atteste autant l'importance que l'actualité du sujet du présent travail, et le justifie. Par ailleurs, on se rappelle que la

¹⁷⁵ Rappelons-nous que lorsque l'on parle de *droit étranger* en matière de droit comparé, « le mot « étranger » doit s'entendre dans tous ses sens : il couvre effectivement tous les autres droits, spécialement nationaux, voire supranationaux s'ils sont étudiés au regard d'un autre droit, en particulier un droit interne. D'une façon générale, l'adjectif s'applique à tous les droits autres que ceux que pratiquent habituellement les juristes qui procèdent à cette comparaison, pour eux-mêmes ou pour leurs lecteurs ou auditeurs : ces droits sont en ce sens étrangers à ceux qui entreprennent de les découvrir et de les comprendre, dans la mesure où ces droits ne sont pas les leurs. [...] le droit comparé est donc essentiellement un savoir sur ces droits. » Picard, " L'état du droit comparé en France en 1999," 887.

¹⁷⁶ Bien que l'on prétende également faire quelques mentions au droit interne de quelques pays européens, toutefois seulement de forme indirecte, relatives aux développements de l'évolution de la protection attribuée à la protection des données personnelles.

¹⁷⁷ Art. 1^o La République Fédérative du Brésil, formée par l'union indissoluble des États et Municipalités et du District Fédéral, se constitue en État Démocratique de Droit et a comme fondements : I- la souveraineté ; II- la citoyenneté ; III- la dignité humaine ; IV- les valeurs sociales du travail et de la libre initiative ; V- le pluralisme politique. Paragraphe unique. Tout le pouvoir émane du peuple, qui l'exerce à travers des représentants élus ou directement, dans les termes de la Constitution.

finalité d'une thèse en cotutelle, comme c'est le cas ici, est justement de fournir l'échange d'expériences scientifiques et culturelles et celle de promouvoir le rapprochement entre les sociétés. L'étude du droit brésilien est dans l'intérêt de la France¹⁷⁸ et il est dans l'intérêt du Brésil de s'approfondir dans les discussions de droit international et de droit de l'Union Européenne tenues dans la vaste bibliographie française sur le thème.

Quant aux raisons de la méthodologie choisie, étant donné que le thème abordé dans la thèse n'est pas un champ consolidé d'études au Brésil, il se fait particulièrement nécessaire de s'en remettre à des paradigmes ou à des expériences déjà existantes sur le sujet. D'ailleurs, on se souvient de l'excellente œuvre du comparatiste français René David, lequel, en étudiant le droit brésilien, est venu réfuter les critiques suivant lesquelles celui-ci serait une synthèse des droits européens, démontrant que, au contraire, le droit brésilien détenait justement dans cette façon de voir les choses sa propre originalité¹⁷⁹. De fait, pour des raisons historiques, politiques et sociales, le droit comparé, au Brésil¹⁸⁰, a toujours eu une place à part dans la tentative de fournir la connaissance et

¹⁷⁸ Comme le notait René David, un juriste français studieux du droit brésilien : « le droit brésilien aurait dû, semble-t-il, intéresser nos juristes en raison de cette expérience de fusion de ces éléments empruntés à différentes sources et qui peuvent paraître à nos divers nationalismes un peu disparates. À travers le droit brésilien nous aurions pu, et nous pouvons encore, discerner les tendances nouvelles des différentes jurisprudences, les doctrines les plus récentes qui, de ce seul fait, exercent dans le nouveau monde une séduction parfois d'ailleurs excessive. » René David, "Le droit brésilien jusqu'en 1950," in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, ed., A. Wald et C. Jauffret-Spinosi (Paris : Société de législation comparée, 2005), 160. L'importante bibliographie francophone à propos du droit brésilien n'est pas un hasard. Vérifier, par exemple, Eric Carpano et Emmanuele Mazuyer, *Les grands systèmes juridiques étrangers : Allemagne, Arabie Saoudite, Brésil, Chine, Egypte, Etats-Unis, Inde, Royaume-Uni*, (Paris : Gualino-Lextenso, 2009), 207 et s. René David, "Structure et idéologie du droit brésilien," *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, no. 17-18 (1954) : 7-20. Frédéric Dumon, *Le Brésil : ses institutions politiques et judiciaires, sources, caractéristiques, évolution, comparaisons*, (Bruxelles : Université libre de Bruxelles, 1964). Jacques-Bernard Herzog, "Éléments d'histoire du droit brésilien," *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, no. 25-26-27-28, (1956) : 7-12. Jean-Michel Blanquer, "Le droit brésilien et l'originalité des droits d'Amérique Latine," *Revista Culturas Jurídicas* 2, no. 2 (2007) : <http://www.culturasjuridicas.com.br>.

¹⁷⁹ René David, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, (Paris : Institut d'Hautes Etudes de l'Amérique Latine, 1953), 161-173.

¹⁸⁰ Sur les influences économiques, sociales et politiques brésiliennes qui font du recours aux données scientifiques ou aux techniques spécifiques du droit brésilien une caractéristique du droit national, vérifier Ana Lucia de Lyra Tavares, "A utilização do direito comparado pelo legislador," *RC Pol*, 33 (1987) : 85-93.

le perfectionnement du droit interne¹⁸¹. C'est donc parce qu'il est lié à la propre essence¹⁸² du droit brésilien que le choix méthodologique ici mis en œuvre est non seulement légitime, mais aussi parce qu'il se justifie.

Les droits étrangers désignés à la comparaison, répétons-le, le droit international et le droit de l'Union Européenne, ont été choisis comme paradigme pour plusieurs raisons. En premier, les normes existantes dans ces droits étrangers sont le résultat d'amples débats pionniers et elles représentent l'état de perception des problèmes et l'évaluation des risques et des actions pertinentes afin de discipliner des situations à l'époque à laquelle elles ont été proposées et elles indiquent la cristallisation d'importantes expériences accumulées, se trouvant actuellement là où les réflexions juridiques sur le thème possèdent de plus grands développements normatifs, jurisprudentiels et bibliographiques. En second, pour le cas des normes internationales, elles sont libres des singularités dans le contexte des ordonnances juridiques nationales, présentant leur résultat à l'avantage d'échapper aux inconvenances générées par les différences émanant des développements historiques spécifiques de chaque pays, qui pourraient présenter des difficultés dans l'appréhension et le discernement des questions centrales et des raisons fondamentales. En revanche pour ce qui est des notions autour du thème comprises au sein du droit de l'Union Européenne, comme on le verra, en dehors du fait qu'elles se constituent également comme le fruit d'un consensus légitimé par la représentation d'une bonne partie de la culture occidentale¹⁸³, ce sont elles, comme nous le verrons, qui sont dotées d'une vocation et d'une universalité, car elles possèdent une nature de normes des droits humains.

¹⁸¹ Jauffret-Spinosi va jusqu'à affirmer que « Les juristes d'Amérique Latine sont tous des comparatistes. » Et la comparatiste française continue : « Là est leur richesse [...] car la culture, et pas seulement la culture juridique des élites sud-américaines, a toujours été impressionnante pour les européens. En effet, l'apport espagnol ou portugais, puis l'apport français, puis nord-américain, et en même temps souvent aussi allemand ou italien ont contraint les juristes d'Amérique Latine à s'intéresser à d'autres droits qu'au leur, puisque leur propre droit émanait le plus souvent d'une grande variété d'inspirations étrangères. Ils devaient donc, pour comprendre leur propre droit, dépasser celui-ci et s'intéresser aux droits étrangers. C'est une grande opposition avec les juristes européens qui, bien trop souvent, n'étaient pas comparatistes et ne s'intéressaient qu'à leur propre système. » Camille Jauffret-Spinosi, "La circulation du modèle juridique français," *Rapport des journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant de 1993, Travaux de l'Association*, no. XLIV, (Paris : Litec, 1994), 109.

¹⁸² Sur l'importance de l'étude du droit comparé au Brésil, vérifier Arnaldo Wald, "Le droit comparé au Brésil," *Revue Internationale de Droit Comparé* 51, no. 4 (1999) : 805-839.

¹⁸³ Voir Jacques Lambert, ce qui différencie les pays latino-américains d'autres nations en développement « c'est que leur culture n'a jamais été dissociée de l'europpéenne occidentale et de la pensée libérale des XVIIIème et XIXème siècles » Jacques Lambert, *Amérique Latine, Structures sociales et institutions politiques* (Paris : PUF, 1968), 18.

9. Délimitation du sujet, questions et objectifs. L'apparition du droit du travail est associée à une « grande transformation hiérarchique¹⁸⁴ » provenant des changements dans l'organisation du travail rendus possibles par la diffusion des innovations techniques à l'essor du capitalisme industriel européen. Ceci parce que les pouvoirs de l'employeur, découlant des propres caractéristiques des relations de travail industriel, apportaient de graves risques aux masses de travailleurs. Pour la civiliser - c'est à dire pour y substituer des rapports de droit aux rapports de force et d'assurer à tous une condition de sujets de droit libres et égaux¹⁸⁵ - les juristes ont dû rompre avec la propre conception de relation du travail. Soit dans la théorisation contractualiste originaire de la culture romaniste, soit dans la théorisation institutionnaliste, la marque allemande, l'existence d'une condition de subordination juridique¹⁸⁶ devient désormais, en même temps, un élément identificateur du rapport de travail régi par le Droit du Travail; un élément légitimant les pouvoirs de l'employeur; et une situation juridique limitant son exercice et créant une suite d'obligations extrapatrimoniales ou bien créant un statut, qui seront attachés à la personne du travailleur, protégeant sa sécurité physique¹⁸⁷ et sa sécurité économique¹⁸⁸. Cette technique, cependant, crée une contradiction entre les libertés fondamentales¹⁸⁹ reconnues au citoyen par la société politique et la subordination

¹⁸⁴ Lefebvre, *L'invention de la grande entreprise, travail, hiérarchie, marché (France, fin du XVIIIème-début XXème siècles)*, 157-193 et 195-218.

¹⁸⁵ Dans ce sens, Pierre Legendre, *L'Empire de la vérité* (Paris : Fayard, 1983), 171.

¹⁸⁶ Le contrat de travail fut une création qui « a en fait été provoquée par l'émergence de la hiérarchie à partir des années 1860, » Lefebvre, "Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)," 45.

¹⁸⁷ Cette idée de sécurité physique a été, et demeure, le cœur du droit du travail. C'est elle qui apparaît à l'origine historique de tous les droits du travail européens. Dans ce sens, voir Thilo Ramm, "Laissez-faire and State protection of Workers," in *The making of labour law in Europe. A comparative study of nine countries up to 1945*, ed. B. Hepple (Londres et New York : Mansell, 1986), 73 et s.

¹⁸⁸ Pour une argumentation autour des protections juridiques qui sont conférées au salaire de par l'évolution du droit du travail, vérifier, dans le droit français, G. Lyon Caen, *Le salaire, Traité du droit du travail*, 2 (Paris : Dalloz, 1981). Dans le droit brésilien, José Martins Catharino, *Tratado jurídico do salário* (São Paulo : LTr, 1997).

¹⁸⁹ Devant l'imprécision terminologique qui tourne autour de cette expression, elle mérite un éclaircissement : l'expression « libertés fondamentales » employée ici se réfère à ce qui, dans la tradition française, s'intitulait « libertés publiques », c'est à dire, elle désigne un certain nombre d'activités déterminées pour lesquelles l'État reconnaît son exercice sur les individus, à l'abri des pressions extérieures. « Elles [les libertés publiques] sont donc des libertés, car elles permettent d'agir sans contrainte, et des libertés publiques car c'est aux organes de l'État, titulaire de la souveraineté juridique, qu'il revient de réaliser de telles conditions. [...] On peut considérer que les « libertés publiques » appartiennent à un cadre révolu, celui de la France du XIXème et du début du XXème siècle. Il conviendrait aujourd'hui de parler du « droit constitutionnel des libertés », du « droit européen des libertés », voire, plus globalement, des droits fondamentaux et libertés fondamentales. C'est dans cette direction que l'on s'est officiellement orienté, puisque, depuis 1999, le cours de « libertés publiques » enseigné en troisième année de licence dans les Facultés de droit est devenu enseignement de « droit des libertés fondamentales ». Le changement d'intitulé correspondrait aux transformations de la matière. Il est en effet possible de mettre l'accent sur ces dernières. Mais il est tout aussi possible d'insister sur la continuité. » Jean Morange, *Les libertés publiques* (Paris : PUF, 2007), 5-8.

du travailleur dans la vie économique dont le droit du travail se charge de la conciliation, à travers des interventions originales qui n'offusquent point la liberté individuelle de l'employé ni les pouvoirs de par les propres droits conférés à l'employeur¹⁹⁰. La vie privée des travailleurs, donc, est un objet qui intéresse le droit du travail dans les divers pays qui réglementent le travail subordonné, étant garantie à partir de la technique des limites du pouvoir de l'employeur.

Dans le système juridique brésilien, les libertés fondamentales du citoyen dans la société sont celles qui sont révélées dans la Constitution Fédérale de 1988, laquelle les dénomme des « droits fondamentaux¹⁹¹ », celles prévues dans le Code civil, lequel, quant à lui, les nomme « droits de la personnalité¹⁹² », et celles présentes dans les traités internationaux sur le thème dont le Brésil fait partie, toutefois seulement après une internalisation conséquente de son texte dans le droit interne, à travers un décret présidentiel¹⁹³. Le droit à la vie privée figure aussi bien dans la liste de droits fondamentaux, à l'article 5° X, XI et XII de la Constitution, ainsi que dans la liste de droits de la personnalité, à l'article 21 du Code Civil, dans laquelle il est protégé autant dans

¹⁹⁰ Dans ce sens, Jean Savatier, "La liberté dans le travail," *Droit Social*, no. 1 (1990) : 49-58.

¹⁹¹ Le Titre II de la Constitution Fédérale de 1988 est consacré aux « droits et garanties fondamentales ». Ce titre est divisé en cinq chapitres : « Des droits et devoirs individuels et collectifs » ; « des droits sociaux » ; « de la nationalité » ; « des droits politiques » ; et « des partis politiques ».

¹⁹² « Les droits de la personnalité », c'est ainsi que le Code civil intitule le Chapitre II de son Titre I (« Des personnes naturelles ») de son Livre I (« Des personnes ») de la Partie Générale.

¹⁹³ Sur l'incorporation de traités internationaux dans le droit interne, les leçons de Éric Canal-Forgues et Rambaud sont précises : « L'incorporation des normes internationales dans les ordres juridiques internes a longtemps été envisagée sous l'angle de l'opposition entre les théories monistes et dualistes [...]. La complexité des rapports entre ordres juridiques ne se réduit pas à cette opposition. [...] Les États n'ont à cet égard qu'une obligation de résultat, celle d'assurer l'application effective et de bonne foi du droit international. La liberté laissée à l'État quant aux moyens de réaliser l'intégration explique la diversité des solutions internes. » Éric Canal-Forgues et Patrick Rambaud, *Droit international public* (Paris : Flammarion, 2011), 59. Cependant, dans le cas brésilien, dont le système exige une combinaison de volontés entre le Pouvoir Exécutif et le Législatif pour qu'un traité soit incorporé (l'article 49, I et l'article 84, VIII de la Constitution Fédérale de 1988), on doit relever que, du fait que de telles normes apportent certaines imprécisions et lacunes, on finit par conférer une ample discrétion à de tels pouvoirs, ce qui, parfois, contribue à un affrontement au principe de la bonne foi en vigueur dans le droit international. Comme le résume Piovesan, « La Constitution brésilienne [...] apporte une lacune systématique, imparfaite et qui marche mal : elle ne prévoit pas, par exemple, de délai afin que le Président de la République achemine au Congrès National le traité qu'il a signé. Il n'existe toujours pas de prévision de délai pour que le Congrès National apprécie le traité signé, non plus de prévision de délai pour que le Président de la République ratifie le traité, en cas d'approbation par le Congrès. Cette systématique constitutionnelle, en maintenant une ample discrétion aux Pouvoirs Exécutif et Législatif dans le processus de formation des traités, finit par contribuer à un affrontement du principe de bonne foi en vigueur dans le Droit International. À ce sujet, on peut mentionner le cas emblématique de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, signé par l'État brésilien en 1969 acheminé pour appréciation du Congrès National seulement en 1992, ayant été approuvé par le Décret Législatif n° 496, le 17 juillet 2009- dix-sept années plus tard. » Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (São Paulo : Saraiva, 2011), 102. Sur l'interprétation des articles 49, I et 84, VIII, voir aussi Paulo Roberto de Almeida, "As relações internacionais na ordem constitucional," *Revista de informação legislativa* 110, (1989) : 47-70.

l'aspect de l'intimité (la vie privée physique) que dans celui de l'inviolabilité du domicile et dans celui du secret de la correspondance qui actuellement sont pris en compte pour des fins de limite du pouvoir de l'employeur par le droit brésilien. Dans la législation du travail brésilienne, il n'y a pas de normes établissant un droit à la vie privée des employés, cette réglementation étant réalisée par la jurisprudence, à travers l'application subsidiaire du code civil ou même à travers l'application de la constitution fédérale, à travers une technique de pondération des principes. De toute manière, la protection de la vie privée du travailleur dans le droit brésilien est faite, en règle, de forme expressive, par la voie de la responsabilité civile, avec application d'indemnisation pour préjudice moral pour abus de droit, provenant des articles 186, 187 et 927 du Code civil.

Face à une insertion croissante des TIC dans les entreprises dans le but recherché de gestion des informations et de contrôle des travailleurs, de nouveaux risques ont surgi concernant la protection de la vie privée des travailleurs, dès lors que les collectes et les substitutions et stockages, même involontaires, et le traitement de ces informations placent le travailleur dans un état de sujétion, non seulement parce qu'ils peuvent désormais contenir des informations référentes à la vie personnelle de l'employé dans la base de données de l'entreprise, mais aussi parce que les décisions de l'entreprise seront prises sur la base d'un traitement d'informations inconnues pour l'employé, en plus d'apporter des risques pour sa santé de par la sensation d'une surveillance constante. Les TIC ont donc apporté une menace potentielle à la vie privée. Si le droit à la vie privée a été conçu, comme garantie individuelle de choix des informations personnelles qui sont devenues publiques à un degré plus ou moins élevé, ayant comme paradigme technologique le progrès de la presse au XIX^{ème} siècle, actuellement, pour qu'il atteigne son but, il est nécessaire de prendre en compte non seulement son aspect physique, mais aussi un aspect de protection des données.

Au Brésil, cependant, il n'existe pas de règlement quant à la protection des données personnelles, il n'y a pas dans la doctrine d'étude systématique autour de la protection de données personnelles des employés et dans la jurisprudence on ne trouve pas de solution harmonieuse sur la question des limites du pouvoir de l'employeur face à la vie privée de l'employé, n'ayant pas de discussions dans les tribunaux qui prendraient en considération les principes de protection des données personnelles. Au contraire, il y a des jugements qui, entre la fiscalisation de l'activité de l'employé à travers des moyens électroniques et sa réalisation par des moyens physiques, préfèrent, par règle, la première,

car elle est vue comme moins préjudiciable¹⁹⁴.

Cependant, l'ensemble des informations personnelles recueillies détient une vie propre, dans la mesure où, au moyen d'outils technologiques, on peut lui soutirer des informations sur les personnes qui à l'origine n'ont pas été sollicitées ni imaginées, mais qui potentiellement peuvent être extraites de l'ensemble ou de ses fragments. Nous devons faire la remarque suivant laquelle, vu sous cet angle, le sujet couvre la perception d'un déséquilibre dans le rapport de pouvoir qui s'établit entre les intéressés. Le fait de savoir quelque chose sur quelqu'un peut s'exprimer dans un avantage pour celui qui détient la connaissance, surtout dans une société où l'information remplit un rôle central et valorisé.¹⁹⁵ Ces aspects comprennent les questions qui accompagneront le développement de la thèse et qui, à la fin, prétendront trouver une solution. Si on les posait en termes généraux, ces effets provenant de ces récents changements dans l'organisation du travail seraient-ils pris en compte par la protection actuellement fournie par le droit brésilien à la vie privée des employés ? De quelle manière « accommoder » les effets déshumanisants de cette avancée dans les rapports de travail, face au manque de réglementation dans le droit brésilien ? Serait-il possible de trouver dans la dogmatique du droit brésilien une protection aux données personnelles dans le modèle de celle fournie par le droit international et par le droit de l'Union Européenne afin d'humaniser la technique de la gestion des entreprises, réaffirmant le compromis historique du Droit du Travail de mettre les technologies au service du bien-être des hommes en maintenant ainsi une exploitation du travail économiquement et politiquement durable ? Le modèle répressif de protection de la vie privée, au moyen de la responsabilité civile est suffisant pour garantir l'autodétermination informationnelle des employés ? S'il ne l'est pas, quels autres moyens seraient possibles ? Comment concrétiser le droit à la vie privée à travers la protection des données personnelles dans les rapports de travail ? Ou, plus spécifiquement, en disposant des informations sur les employés, à quels devoirs l'employeur serait-il soumis quant à la période de stockage, aux mesures de sécurité pour la protection de l'information et aux conditions qui doivent être observées pour l'accès ou la transmission de l'information relative à l'employé pour garantir sa liberté individuelle ?

¹⁹⁴ Voir le numéro 6 de cette introduction (« 6. Problématique »).

¹⁹⁵ Le fait ne doit pas être oublié suivant lequel, comme l'information aujourd'hui est un produit de base, une commodité, celui qui la détient peut, éventuellement, l'utiliser même à des fins commerciales, comme le rappelle, par exemple, le sociologue Manuel Castells, *A sociedade em rede*, 42 et s.

D'un côté, en termes généraux, l'objectif de ce travail est celui de fournir une amélioration des relations entre les sociétés, les rapprochant à travers un échange culturel scientifique et culturel émanant de la connaissance du droit étranger, en permettant en outre, par une démarche comparatiste, une meilleure connaissance du droit brésilien, principalement en ce qui concerne les développements de la protection qu'il prétend conférer à la vie privée des citoyens. D'un autre côté, spécifiquement, l'objectif de cette thèse est, à partir d'une analyse de droit comparé, en prenant en compte les normes de protection de données personnelles produites au sein du droit international et du droit de l'Union Européenne- pionniers dans l'expérimentation des risques provenant du traitement des données et dans la rationalisation de principes juridiques à travers lesquels sont contenus les excès permis par les TIC, privilégiant la liberté individuelle- de révéler qu'il y a un droit à l'autodétermination informationnelle dans les rapports de travail, dissimulée derrière la dogmatique du droit brésilien et de définir dans quelle mesure celui-ci doit limiter l'exercice du pouvoir de l'employeur. Autrement dit, à partir de la constatation, de par la propre finalité historique du Droit du Travail, suivant laquelle, devant la récente augmentation de la dépendance de l'employé dans le rapport de travail provoqué par l'utilisation des TIC dans la gestion des entreprises, cette branche juridique doit, afin de maintenir la relation de l'emploi civilisée, établir des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur de disposer des informations de l'employé, notre objectif est de démontrer ce qu'il pourra advenir du fait de ne pas exister, dans le droit brésilien, de cadre réglementaire pour la protection des données personnelles, ni général ni sectoriel, on doit dédier à la liberté fondamentale de la vie privée prévue dans le droit positif brésilien une interprétation historique systématique et téléologique de manière à inclure dans son noyau essentiel la protection des données personnelles. Ainsi, on veut démontrer qu'il faut reconnaître un droit à l'autodétermination informative dans les rapports de travail par la propre dogmatique du droit brésilien, c'est à dire, de le concevoir comme un droit provenant du propre contrat de travail- dans son élément essentiel de subordination juridique- et de la bonne foi contractuelle¹⁹⁶, ou comme dérivé de la garantie constitutionnelle de protection à la vie privée¹⁹⁷, laissant l'employeur comme responsable des informations relatives à ses employés, lui imposant un certain nombre de devoirs face aux principes de protection des données personnelles qui doivent être pris

¹⁹⁶ Prévus dans l'art. 422 du Code Civil, applicable aux relations de travail par force de l'art.8° de la Consolidation des lois du travail.

¹⁹⁷ Prévus dans l'art.5°, X de la Constitution Fédérale de 1988.

en compte par le droit brésilien- aussi bien par voie législative que par voie judiciaire- dans la limitation des pouvoirs de l'employeur, dans l'objectif de décider des obligations qui adviendraient de ce droit.

10. Explication du plan. Ayant délimité l'objet et la finalité de la comparaison, il faut se rappeler que, parmi les procédures informées par le droit comparé pour pouvoir arriver au résultat recherché, il y a l'exercice qui tente de rendre l'étude accessible aux juristes des diverses cultures, sous peine de compromettre sa valeur opératoire dans le plan comparatif¹⁹⁸. De fait, l'étude en serait dépourvue de signification si elle se dirigeait aux destinataires comme s'ils étaient déjà introduits dans les systèmes juridiques impliqués. Le comparatiste, en effet, durant son exposition, doit toujours se présenter comme s'il était « une sorte de traducteur. Plus exactement encore, il est comme un traducteur-interprète¹⁹⁹. » Pareillement, en délimitant le sujet et en fixant les objectifs, on montre clairement que ce que l'on prétend dans la thèse est de proposer une transition dans le modèle du droit du travail brésilien de protection aux libertés fondamentales, en se passant d'une équation qui limite les pouvoirs de l'employeur dans le but de garantir le droit à la vie privée de l'employé au bénéfice d'un modèle de limitation des pouvoirs qui prenne en compte le droit à l'autodétermination informationnelle. C'est donc en étant attentif à l'opérabilité de cette étude et à la recherche de ses objectifs que ce plan se structurera, lequel se développera en deux parties, en proposant, donc, le passage d'un modèle de limitation des pouvoirs de l'employeur face au droit à la vie privée de l'employé (Première Partie), vers un modèle de limitation des pouvoirs de l'employeur face au droit à l'autodétermination informative (Deuxième Partie).

Dans la première partie (*Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à la vie privée*), divisée en trois chapitres, on prétend rechercher quel est l'état actuel des limites des pouvoirs de l'employeur proposé par le droit du travail brésilien face au droit à la vie privée des employés. Cette thèse part donc, comme le suggère la bonne technique du droit comparé, d'une référence première au propre droit tenu comme référence, c'est

¹⁹⁸ Dans ce sens, pour tous, Legrand, *Le droit comparé*, 34. John C. Reitz "How to do comparative law," *The American Journal of Comparative Law* 46, no. 4 (1988) : 617-636. Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 894. Pfersmann, "Fonction interprétative et fonction critique, Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit," 281. Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law," 402. Kötz, "Comparative Law in Germany Today," 756.

¹⁹⁹ Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 894.

à dire, du droit brésilien²⁰⁰. Pour rendre le travail opérationnel, le rendant accessible aux juristes de diverses cultures²⁰¹, il est indispensable, avant d'exposer l'état actuel de la limitation des pouvoirs de l'employeur par le droit à la vie privée de l'employé- objectif final de la première partie, rappelons-le-, que des références soient faites à certains aspects particuliers du droit du travailleur brésilien²⁰². On démontrera ainsi, dans cette partie, que le droit du travail brésilien- d'ailleurs, pas seulement le brésilien, mais celui de tous les pays dans lesquels il existe une réglementation du travail subordonné- opère à travers une technique qui, en même temps, confère une légitimation et une limitation aux pouvoirs de l'employeur (*chapitre 01: L'évolution de la technique du droit du travail: légitimation et limitation du pouvoir de l'employeur dans le travail subordonné*) et que, en le faisant, prend en compte les libertés fondamentales prévues dans le droit brésilien (*chapitre 02 : Le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés*). Étant parvenus à cette compréhension, nous analyserons l'état actuel de la limitation du pouvoir de l'employeur face au droit à la vie privée, explicitant les obligations imposées par le droit brésilien à l'employeur dans le but de préserver la vie privée des employés, un sujet dont se chargera le troisième chapitre (*L'état actuel des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur par le droit à la vie privée*).

Si dans le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés de l'employé on prend en compte le droit à la vie privée, face aux changements dans l'organisation du travail provoqué par la diffusion des TIC, il ressent un besoin d'ajustements, sous peine de perdre le contenu de la propre technique au moyen de laquelle il fut conçu, de légitimation et limitation des pouvoirs, ayant en vue que la finalité du droit à la vie privée, qui est celle de permettre une garantie individuelle de choix des informations personnelles qui deviendront publiques à un degré plus ou moins

²⁰⁰ C'est comme nous oriente Picard : « on est ainsi spontanément conduit plus ou moins à ramener l'inconnu ou le méconnu au connu, et le différent ou l'analogue à l'identique. La référence à son propre droit ou à un autre droit déjà connu reste donc nécessaire, [...] facilitant le saut dans l'inconnu. » Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 895.

²⁰¹ On insiste sur le fait que « la valeur strictement comparative de l'exercice est à peu près nulle si les rapporteurs s'adressent à leur auditoire comme s'il était déjà introduit dans les systèmes juridiques dont révèle le sujet traité alors que c'est loin d'être toujours le cas. Si la comparaison proprement dite n'est donc pas assurée par tel autre rapporteur, c'est à chaque auditeur qu'il revient d'y procéder lui-même. » Si les travaux de droit comparé « ne s'avèrent pas réellement accessibles aux juristes relevant d'une autre culture juridique celle dans laquelle elles se placent, elles ne présentent pas de valeur opératoire sur le plan comparatif. » Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 894.

²⁰² Nous devons nous rappeler qu'un travail de droit comparé « est comme une introduction à ces droits autres, destinée à ceux qui, compte tenu de leur culture juridique déjà acquise, entendent les comprendre à partir de ce qu'ils savent ou ont déjà compris du droit, leur droit ou les droits qu'ils connaissent. » Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 893.

élevé, face au nouveau paradigme technologique, n'est déjà plus réalisable, au cas où l'on ne prendrait pas en compte la protection des données personnelles. La deuxième partie (*Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à l'autodétermination informationnelle*) a la prétention de démontrer la nécessité de reformulation de la limitation du pouvoir de l'employeur face à la vie privée de l'employé, et de proposer, dans le droit national, une limitation de ces pouvoirs, prenant en compte le droit à l'autodétermination informative, démontrant qu'il peut être présumé à partir de la dogmatique brésilienne et suggérant de quelle forme les pouvoirs de l'employeur doivent être limités pour assurer leur protection à l'employé.

En ayant toujours le soin d'une bonne adoption des procédures dont dispose le droit comparé, dans cette partie la préoccupation du « comparatiste-interprète » se déplacera pour, cette fois, conduire le juriste brésilien à travers un territoire inconnu de la normativité internationale et européenne de protection des données personnelles. Ce compromis se manifeste déjà depuis le premier chapitre, lequel sera dans cette thèse le lieu dans lequel le coloré comparatiste se fera le plus contrasté par rapport aux tons opaques des autres analyses juridiques, car en lui, on prétend dessiner une exposition multidisciplinaire sur les répercussions de la diffusion des TIC, spécialement dans le rapport de pouvoir entre ceux qui détiennent et ceux qui ne détiennent pas l'information et la capacité de la traiter, notamment dans la relation de travail. Sans jamais avoir la prétention d'épuiser le thème, on veut se valoir de cet abordage, qui se constitue autant comme prérogative que comme une obligation du comparatiste²⁰³, pour, grâce à elle, atteindre la production de résultats dans le processus de relativisation de la vision juridique brésilienne sur la question, un résultat indispensable pour une étude de droit comparé. L'intention du premier chapitre (*L'évolution technique en droit du travail : effets de la diffusion des TIC dans le pouvoir de l'employeur*), sera donc celle d'essayer de sensibiliser le juriste brésilien aux répercussions du thème en dehors des murs d'enceinte du droit, à cette gravité face à laquelle le droit du travail brésilien, une branche juridique si sensible aux progrès technologiques, ne pourra rester inerte.

Le second chapitre (*Le droit à l'autodétermination informationnelle comme limite au pouvoir de l'employeur face à la diffusion des TIC : contributions du droit*

²⁰³ « Oui. La comparaison exige davantage qu'une simple revue actualisée du droit positif apparemment pertinent, car par lui-même le droit positif n'explique rien, ou si peu, et la lumière qu'il projette est tout d'emprunt. » Legrand, *Le droit comparé*, 46-47. Dans le même sens, H.A. Schwarz Liebermann von Wahlendorf, *Droit comparé, théorie générale et principes*, (Paris : LGDJ, 1978), 173 et s.

international et du droit de l'Union Européenne) est ce que le droit à l'autodétermination informative s'engagera à étudier. On prétend examiner sa construction, son évolution et l'état actuel de la réglementation dans le droit international et dans le droit de l'Union Européenne, en dehors du fait d'examiner les réglementations spécifiques pour la protection des données personnelles dans le rapport de travail. Après ce parcours, nous arriverons au troisième chapitre (*Vers un droit à l'autodétermination informationnelle en droit du travail brésilien ?*), où nous irons revendiquer, dans le droit brésilien, un modèle de limitation du pouvoir de l'employeur qui prenne en compte le droit à l'autodétermination informative, proposant un modèle grâce auquel ce droit puisse être pris en compte par le mécanisme de limitation des pouvoirs de l'employeur présent dans le droit du travail national.

Première Partie : Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à la vie privée

Dans le Droit du Travail brésilien, le droit à la vie privée, comme liberté fondamentale²⁰⁴, est pris en compte dans les mécanismes dont cette branche juridique dispose pour former des limitations au pouvoir de l'employeur. Le droit du travail brésilien, en conséquence, limite les pouvoirs de l'employeur face au droit à la vie privée. Afin de faire des recherches sur l'état actuel de cette limitation, c'est à dire, pour examiner les devoirs que le droit brésilien impose à l'employeur pour préserver la liberté fondamentale de la vie privée de l'employé, nous partons de la démonstration suivant laquelle, non seulement dans le droit brésilien, mais aussi dans le droit interne des états dans lesquels il existe une réglementation du travail subordonné, le Droit du Travail, en tant qu'instrument civilisateur de l'État Social, a été créé à partir du développement d'une technique propre, qui consiste, d'un côté, à légitimer les pouvoirs de l'employeur, et, de l'autre, à limiter son exercice. Cette prémisse sera développée au cours du Chapitre 01 (*L'évolution de la technique du droit du travail : légitimation et limitation du pouvoir de l'employeur dans le travail subordonné*).

En opérant d'une façon à assurer et à limiter son pouvoir, le droit du travail à la préoccupation de garantir aux travailleurs une sécurité physique et économique, mais aussi celle de développer un modèle de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés. Considérant que dans le droit brésilien la vie privée est constituée ainsi qu'une liberté fondamentale, étant incontestable dans la constitution fédérale comme dans la législation infraconstitutionnelle. Pour atteindre l'objectif de cette première partie- qui est celui d'examiner l'état actuel de la protection de la vie privée de l'employé dans le droit brésilien-, sans oublier les procédures de l'analyse comparée, qui impliquent nécessairement l'acculturation du juriste étranger dans le système juridique analysé, le second chapitre sera employé à une incursion dans le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés (*Le modèle brésilien*

²⁰⁴ Prévues en particulier à l'article 5°, X de la Constitution Fédérale et aux articles 11 à 21 du Code civil.

de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés).

L'objectif de la première partie sera atteint lorsque, dès lors qu'il sera démontré que le droit brésilien limite l'exercice des pouvoirs de l'employeur face aux droits à la vie privée des travailleurs, et une fois que l'étude de la question aura été rendu accessible aux juristes de diverses cultures, sera réalisée l'analyse de l'état actuel de cette limitation dans le droit national, en ce qui concerne les obligations imposées par le droit brésilien à l'employeur dans le but de préserver la vie privée des employés, sujet dont traitera le troisième chapitre (*L'état actuel des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur par le droit à la vie privée*).

Chapitre 1 : L'évolution de la technique du droit du travail

Devant les problèmes de fait et de droit occasionnés par la réglementation du travail subordonné à travers des contrats de droit civil²⁰⁵, la doctrine européenne, principalement au cours du XXème siècle a dû trouver des solutions pour que le droit puisse l'accommoder. Ce fut précisément au cours de l'évolution de ces débats pas seulement en Europe²⁰⁶, mais aussi dans les pays d'Amérique Latine²⁰⁷, qu'ont surgi les prémisses théoriques du droit du travail. Rompant avec les paradigmes du droit civil, les juristes furent conduits à conceptualiser cette relation en des termes nouveaux, développant, ainsi, la technique du droit du travail (*Section I - La construction de la technique*). Ce processus s'est certainement déroulé suivant des rythmes et des formes différentes dans chaque pays, mais tous ont fini par arriver à un dénominateur commun : le contrat de travail, lequel, avec des caractéristiques différentes de celles des contrats de droit civil (*Section II - L'application de la technique*).

Section I : La construction de la technique

La technique du Droit du Travail a été développée en raison de la problématique occasionnée par la difficulté d'encadrer la relation de travail subordonné dans les contrats du droit civil et même dans l'esprit du droit privé, construit sur les principes d'égalité et de liberté des contractants.

En admettant que la relation de travail subordonné ait lieu dans le champ du droit privé, les pouvoirs de l'employeur sont, en conséquence, des pouvoirs privés,

²⁰⁵ Sous l'influence de l'approche romaniste telle qu'elle avait été revisitée par le code Napoléon, le rapport de travail était assimilé en Europe à une forme de contrat de louage. En France, par exemple, dans l'article 1780, toujours en vigueur, et dans l'article 1781, abrogé en 1868 du Code Civil. Au Brésil, il y avait aussi, dans le Code Civil de 1916 (art. 766-768), le contrat de louage de services, analogue à celui du code français.

²⁰⁶ Sur cette évolution en Europe, voir : G. Bolt, *Le contrat de travail dans les pays de la CECA* (Paris : Dalloz, 1965).

²⁰⁷ Sur l'évolution de la théorie du droit du travail en Amérique Latine, vérifier : Ángel G. Ruiz Moreno, *Orígenes del derecho laboral latinoamericano* (Guadalajara : Porrúa, 2014).

lesquels sont conçus comme « la disponibilité des moyens pour la poursuite d'un but d'intérêt personnel, légitimée, de tels moyens étant des biens matériels ou des matériaux, ou des facultés humaines²⁰⁸ ». En appliquant cette définition à la thématique des rapports de travail, nous voyons comment le pouvoir de l'employeur s'adapte facilement à la définition donnée : il donne à son détenteur la possibilité de poursuivre des fins propres, légalement légitimées au moyen d'un contrat, en utilisant un actif juridique déterminé – les facultés de travail d'une autre personne²⁰⁹.

Ainsi, d'une part, la relation de travail subordonné est caractérisée par une situation de pouvoir qui représente une suprématie de la volonté d'une partie sur l'autre, juridiquement attribuée et protégée, à la poursuite des intérêts particuliers du sujet titulaire et avec un contenu punitif nucléaire, ce qui permet l'imposition de sanctions sur la personne de l'autre partie en raison des infractions définies et évaluées directement par le sujet lui-même qui était leur victime. D'autre part, ce pouvoir se manifeste dans un contrat de droit privé et vise à assurer l'exercice effectif des prérogatives accordées au créancier contractuel de l'exécution du travail. Alors, également, examinant d'autres contrats de droit privé, on peut découvrir des positions de suprématie contractuelle importantes d'une partie sur l'autre, qu'agrandissent les limites du principe général de l'égalité contenu dans les règles du droit privé²¹⁰ : on peut penser, par exemple, aux *contrats d'adhésion*, dont les termes sont normalement prévus et déterminés unilatéralement par une partie²¹¹. De

²⁰⁸ En ce sens, Pierre di Malta, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique* (Paris : LGDJ, 1961), 9 et suiv. Dans le même sens, par exemple, voir Vittorio Frosini, *Potere: teoria generale* (Torino : Noviss Digesto, 1992), 440 et suiv. Manuel Gomes da Silva, *O dever de Prestar e o dever de indemnizar* (Lisboa : Livraria Cruz, 1944), 27. Un tel concept permet l'individualisation du pouvoir non pour le critère de fin avec lequel il poursuit son titulaire respectif mais par le critère des moyens à sa disposition pour y parvenir.

²⁰⁹ En ce sens, Paul Roubier. "Les prérogatives juridiques," *Arch. Phil. Dr.*, 5 (1960) : 117 et suiv., qui définit le pouvoir comme une prérogative sur la sphère juridique d'une autre personne et peut inclure les biens ou la personne, et considère exactement comme une des modalités de ces pouvoirs sur la sphère personnelle d'une autre personne les pouvoirs professionnels dans lesquels sont inclus les pouvoirs de direction, réglementation et discipline de l'employeur. Dans le même sens, Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé* (Paris : Economica, 1985), 56 et suiv. En sens identique, Giuseppe F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro* (Milano : A. Giuffrè, 1957), 23, qui prétend être la disposition du travail « organisée » par d'autres.

²¹⁰ Sur le principe de l'égalité dans le droit civil, notamment en matière contractuelle, dans le droit français, lequel a influencé la réglementation du thème dans le Code Civil brésilien de 1916, vérifier : Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris : Presses Universitaires de France, 2012), 7-34.

²¹¹ Même les contrats d'adhésion ont eu une difficulté d'acceptation dans la doctrine privatiste, car ils atténuent l'égalité et la liberté contractuelle. Voyons, par exemple, dans le cas français, le témoignage de Latina : « Longtemps, la catégorie des contrats d'adhésion n'a toutefois pas connu le succès escompté par ses concepteurs. Cette catégorie était ainsi restée doctrinale. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, aucun régime spécifique n'avait été attaché à cette catégorie, ni par le législateur, ni par la jurisprudence qui avait maintenu le contrat d'adhésion dans le giron du droit commun des contrats. [...] La doctrine avait tenté d'isoler, à côté de la figure traditionnelle des contrats négociés, celle des contrats d'adhésion, parfois d'ailleurs pour contester que de tels actes puissent être qualifiés de

même, dans d'autres situations de droit privé, toujours dans le domaine contractuel, on trouve l'exercice de pouvoirs directement d'une partie sur l'autre, qui empêchent et réagissent à l'absence d'accomplissement d'une obligation, par exemple, le *droit de rétention*²¹². Dans d'autres situations, il peut même exister un contenu sanctionnateur implicite, comme dans les *clauses pénales*²¹³ ou dans la révocation du contrat de donation

contrat. » Mathias Latina, "Contrats négociés et contrats d'adhésion," in *Répertoire de droit civil*, ed. Jean-Luc Aubert et Éric Savaux (Paris : Dalloz, 2017), Chap. 1. Actuellement, le contrat d'adhésion est prévu dans l'article 1110 du Code civil (Modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2) : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par une des parties. » Au Brésil, le contrat d'adhésion est défini dans le Code de défense des consommateurs, comme suit : « Art. 54. Contrat d'adhésion est celui-là dont les clauses ont été approuvées par l'autorité compétente ou établies unilatéralement par le fournisseur de biens ou services sans que le consommateur puisse discuter ou modifier substantiellement son contenu ». Il y a aussi dans le droit espagnol un contrat similaire (*contrato de adhesión*, prévu dans les arts. 1^{er} et 2^e de la Loi 7/1998) et aussi dans le droit portugais (*contrato de adesão*, caractérisé dans le Code de protection et défense des consommateurs et dans les arts. 423 et 424 du Code civil) et dans le droit italien (*contratto per adesione*, prévu dans l'art. 1341 du Code civil). Il y a d'autres types de contrats où il y a une position de suprématie contractuelle d'une partie admise par le droit. On peut citer, dans le droit brésilien, le (contrat de prestation de service), prévu dans les arts. 593 à 609 du Code civil brésilien, dans lequel la performance du prestataire est soumise à la direction du prêteur du service ou au contrat.

²¹² Le droit de rétention peut se définir comme « la faculté pour le créancier, qui détient un objet appartenant à son débiteur, d'en refuser, sous certaines conditions, la restitution jusqu'à complet paiement de sa créance. Le droit de rétention constitue un moyen de pression fort efficace, plus efficace même que l'astreinte, pour obtenir le paiement d'une créance. Instrument de coercition sur le bien retenu, qui sert « d'otage » au créancier, droit de gêner le débiteur en le privant de l'un de ses biens, le droit de rétention n'a longtemps été l'objet que de dispositions éparses et de solutions fragmentaires. » Gaël Petite, *Rétention* (Paris : Dalloz, 2013), sec. 2. Le droit de rétention porte aussi sur lui une série de controverses en particulier relatives à sa nature (étant contractuelle ou de droit réel), à son fondement, exactement du fait d'être constituée comme une exception parmi les principes fondateurs du droit privé, comme le principe de l'égalité et d'interdiction à la justice privée. Actuellement, à défaut de toute réglementation générale en droit français, les auteurs ont soutenu les opinions « les plus diverses, les tribunaux ont prononcé les décisions les plus disparates. Plus récemment, la Cour de cassation (V. par ex., Com. 19 févr. 1958, Bull. civ. III, no 82. - Civ. 1^{re}, 17 juin 1969, JCP 1970. II. 16162, note Catala-Franjou. - Adde : Soc. 17 avr. 1958, Bull. civ. IV, no 489) puis l'ordonnance no 2006-346 du 23 mars 2006, ont précisé les contours de ce mécanisme. ». Gaël Petite, *Rétention*, sec. 2. Dans le droit brésilien le droit de rétention trouve une prévision légale dans l'article 420 du Code Civil. Sur les discussions autour de l'encadrement juridique du droit de rétention, voir, dans le droit brésilien, Rodolfo Pamplona et Pablo Stolze, *Manual de Direito Civil Volume Único* (São Paulo : Saraiva, 2017), 242 et suiv. Pour une étude comparative des législations espagnole, italienne et portugaise autour du droit de rétention, vérifier : Esther Gómez Calle, "El derecho de retención sobre bienes muebles," *Dret, Revista para el análisis del derecho*, n 4, (2011) : 6-19.

²¹³ La clause pénale est un acte de volonté dont le but est normalement la fixation des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution d'une obligation principale, spécialement pour que les parties puissent avoir l'intention de garantir l'exécution et, le cas échéant, de sanctionner l'inexécution des obligations du contrat. Sur la prévision de la clause pénale dans le droit civil français, voir : Pierre Lemay, "La clause pénale en nature," *RTD. Com.*, n 4, (2017) : 801-820. Au Brésil, la *cláusula penal* (clause pénale) est prévue dans les arts. 408 à 416 du Code civil. Vérifier : Washington de B. Monteiro, *Direito das Obrigações* (São Paulo : Saraiva, 2003), 335 et s. Pour une étude comparée comprenant les droits espagnol, portugais et italien, vérifier Jorge F. Rey, "Cláusula penal : naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo," *ADC*, LXVII, (2014) : 169-218. Nous devons relever que la clause pénale, pour qu'elle soit valable, doit être le fruit d'un consensus entre les parties, justement afin qu'elle ne lèse pas les principes essentiels du droit privé : « La validité de la clause ne dépend d'aucune forme ; il importe ainsi peu que les parties utilisent l'expression de « clause pénale » (Com. 29 nov. 1960, Bull. civ. III, no 390) ; que la clause pénale intègre l'acte principal ou fasse l'objet d'un document distinct (Civ. 1^{re}, 29 nov. 1961, Bull. civ. I, no 563) ; qu'une signature soit apposée au contrat qui la contient (Com. 25 juin 1991, no 90-11.230, Bull. civ. IV, no 234). Au fond, la seule chose qui compte est l'existence d'un accord

par l'ingratitude donataire²¹⁴. Il y a aussi des situations où le droit confère des pouvoirs disciplinaires privés, comme dans des mesures disciplinaires menées sous l'autorité parentale²¹⁵ ou des mesures disciplinaires de contexte associatif²¹⁶.

Ce qui est sans précédent dans le domaine privé est exactement la combinaison de la position de suprématie contractuelle d'une des parties - et la reconnaissance du contenu égoïste du pouvoir qui extériorise - avec le but de punition directe et personnelle qui protège les intérêts propres du sujet qui applique la peine, ce qu'on vérifie dans le pouvoir de l'employeur. Dans le domaine contractuel, donc, la reconnaissance de la suprématie du créancier contre le débiteur n'est pas accompagnée du pouvoir de punir. Ainsi que, dans des situations où on attribue un pouvoir privé pour punir, il n'y a pas de position de suprématie contractuelle. En dehors du domaine contractuel, le pouvoir privé de punir peut suivre ou non une position de suprématie personnelle du titulaire sur le destinataire, mais ça ne sert pas à assurer la position de pouvoir du titulaire.

Dans ce cadre d'analyse, le problème de l'encadrement base juridique du complexe de pouvoirs dans la relation de travail peut se résumer en une question : comment justifier que, dans un contrat de droit privé, un sujet privé puisse appliquer des sanctions à la personne d'un autre contractant, afin de le punir par la pratique d'actions ou omissions que lui-même a décrites unilatéralement comme des infractions et sans nécessité de médiation judiciaire ? En posant ainsi la question, on peut mettre en évidence les principes juridiques qui peuvent être mis en échec avec l'octroi de ce pouvoir à l'employeur : d'une part, le *principe de l'égalité*²¹⁷ qui prévaut dans le domaine contractuel privé, ce qui est difficilement compatible avec la reconnaissance d'une telle position forte de domaine d'une partie sur l'autre ; et, d'autre part, *le principe même de*

de volonté ; elle doit donc avoir été portée à la connaissance de celui à qui on en demande l'application (Amiens, 23 nov. 1976, JCP 1977. II. 18567, note E.-M. B.) et acceptée en connaissance de cause, même tacitement, par l'exécution du contrat (Com. 25 juin 1991, no 90-11.230, préc.). » Sébastien Pimont, *Clause pénale* (Paris : Dalloz, 2017), chap. 1.

²¹⁴ Articles 557 à 561 du Code civil brésilien. En droit français, l'article 953 du Code Civil français. Vérifier : Ibrahim Najjar, *Donation* (Paris : Dalloz, 2008).

²¹⁵ Par exemple, au Brésil, les pouvoirs énoncés et limités par les articles 18-A et 18-B de la Loi n° 8.069 de 1990, le code brésilien de l'enfance et de la jeunesse (*Estatuto da Criança e do Adolescente*).

²¹⁶ Yves Guyon, "Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire des associations", *Rev. sociétés*, 3 (1997) : 550-554.

²¹⁷ Sur le principe de l'égalité en droit privé on peut vérifier le travail de référence dans la doctrine française : Pierre Mazière, *Le principe d'égalité en droit privé* (Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003). Sur le même principe, dans une perspective du droit interne brésilien, voir Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* (São Paulo : Malheiros, 2008).

*l'interdiction à l'autodéfense (proibição da autotutela*²¹⁸), ce qui semble ne pas être respecté par ce pouvoir qui va bien au-delà des cas exceptionnels où la ressource d'autodéfense privée des droits est admise.

Pour ce motif, les cadres du droit civil n'ont pas suffi pour répondre à la question du pouvoir dans la relation de travail, ce qui est la raison pour laquelle le droit a commencé à construire des solutions qui, beaucoup le soutiennent, ont finalement conduit à la création même du Droit du Travail en tant que science autonome²¹⁹. C'est donc à partir de la recherche de solution pour l'encadrement juridique de la relation de travail subordonné – et des pouvoirs qui lui sont inhérents – que le droit du travail s'est développé comme une branche autonome, c'est-à-dire, il s'est construit avec des perspectives et questionnements spécifiques et propres, en contraposition aux prévalents dans les branches proches ou corrélées, comme le droit civil²²⁰.

²¹⁸ L'interdiction à l'autodéfense est consacrée dans l'art. 5° XXXV de la Constitution de 1988. Dans ce sens, TJ-MG, AC10000160015046001, Alexandre Santiago, 02/03/2016. D'ailleurs, l'autodéfense est considérée comme crime, dans les arts. 345 et 350 du Code Pénal brésilien.

²¹⁹ Dans ce sens, Supiot, "*Pourquoi un droit du travail ?*" *DS*, 6 (1990) : 485. L'auteur montre des raisons structurelles et des raisons conjoncturelles pour l'autonomie du droit du travail envers le droit civil : « La constitution du droit du travail comme branche autonome du droit s'est ainsi opérée par un double mouvement de déclin de contrat individuel comme cadre juridique exclusif de la relation de travail, et de reconnaissance de droits définis collectivement (droits collectifs, ou réglementation collective) qui fondent ou confortent des droits individuels, c'est-à-dire des droits que chaque salarié peut opposer à son employeur. De ce point de vue, l'une des notions les plus originales du droit du travail est celle de droit individuel s'exerçant collectivement, notion qui se trouve au cœur de la conception française du droit de grève, du droit syndical ou du droit à la négociation collective. Se trouve ainsi posé, non seulement le problème de la protection de l'individu par le groupe, mais aussi celui de la protection de l'individu contre le groupe, question qui occupe une place majeure dans le droit anglais ou américain, et qui en France même, vient d'avoir les honneurs de l'actualité constitutionnelle. » Dans le même sens, Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 72 et Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 346-350.

²²⁰ En mettant en rapport la solution de la problématique de l'encadrement juridique du pouvoir de l'employeur dans le cadre du droit de l'obligation avec son autonomie dogmatique, la juriste portugaise Ramalho rapporte que, « en analysant les obligations de soins sur la personne du travailleur que le § 617 du BGB impose à l'employeur, la doctrine allemande lui reconnaît des caractéristiques de personnalisme qui ne reconduisent pas au régime patrimonial d'échange classique des contrats obligatoires. En conséquence, plus tard est défendu le déplacement de l'objet du contrat de travail synallagmatique du devoir de travail – devoir de rémunération pour le binôme loyauté/devoir d'assistance (*Treuepflicht-Fürsorgepflicht*), respectivement, sous responsabilité du travailleur et de l'employeur – et le travailleur est non seulement tenu d'exécuter la tâche convenue avec l'employeur, mais aussi d'avoir une attitude de disponibilité personnelle générique et loyauté aux intérêts du créancier. Et, en retour, le donneur de travail n'est pas lié seulement à la contrepartie de salaire, mais aussi à la protection du travailleur dans certaines situations de besoin, sans lien nécessaire à la propre prestation. Mais la prévalence de cet élément personnel dans l'objet du métier juridique dictera en fin de compte le rejet des compétences traditionnelles et l'intégration systématique du contrat de travail. Et dès que le facteur patrimonial a une pertinence simplement accessoire, le contrat de travail devra être qualifié non pas comme un contrat obligatoire mais comme un type personnel de contrat – ce qui est, par ailleurs, soutenu par son origine historique, pas à la figure romaine de *locatio conductio operarum* mais à la figure germanique médiévale du contrat de service fidèle, selon l'exposition de Von Gierke. C'est dans ce contexte que la doctrine germanique affirmera l'autonomie dogmatique du droit du travail en cherchant dans le droit des personnes un nouvel encadrement juridique pour la relation de travail. Et c'est précisément pour exploiter cet encadrement que le concept d'institution se révélera particulièrement apte ». Maria Rosário Palma Ramalho, *Do fundamento do poder disciplinar laboral* (Coimbra: Almedina, 1993), 365-366.

En partant, par conséquent, de la reconnaissance de l'insuffisance des instituts du droit civil de protection des expectatives du créancier au remplissage du droit des obligations pour résoudre la problématique de l'encadrement juridique de la suprématie de pouvoir occupée par l'employeur dans la relation de travail, des études juridiques dans l'Europe de la première moitié du XX^{ème} siècle ont été mises en œuvre pour chercher des alternatives qui n'éclipseraient pas l'autonomie de la volonté ni la prohibition de justice privée, en arrivant à deux orientations principales pour la solution juridique de la question.

Le contenu et les caractéristiques de justification du droit du travail ont varié et ont été souvent obscurcies par les références historiques et idéologiques qui s'attachent à l'une et à l'autre de ces manières de voir, soit en refusant soit en gardant la nature contractuelle de la situation juridique du travail, s'ajustant en fonction du régime politique- démocratique ou totalitaire - dans lequel elle est insérée²²¹.

L'une donc, influencée par l'ancien droit germanique²²², abandonne le caractère contractuel de cette relation nuancé sur le modèle romaniste. Connue comme institutionnaliste²²³, ce courant nie désormais le caractère privé de la relation de travail subordonné. On se refusait, par conséquent, non seulement à reconnaître que les mécanismes de droit civil étaient adéquats pour encadrer juridiquement les relations de travail, mais aussi tout autre concernant le droit privé²²⁴ (§ 1^o - *Les conceptions*

²²¹ Le droit des obligations renvoie à une idéologie individualiste et libérale, qui postule la liberté et l'égalité des individus et affirme la primauté de l'individu sur le groupe, et de l'économique sur le social. Le droit des personnes (constitué au premier chef par le droit de la famille) renvoie à une idéologie communautaire, qui postule la hiérarchie des parents et des enfants, et affirme la primauté du groupe sur l'individu, et du social sur l'économique. D'où ces concepts qu'on voit s'opposer terme à terme : « égalité / hiérarchie », « *societas / universitas* », « association / corporation », « contrat / statut », « *Gesellschaft / Gemeinschaft* », « individualisme / holisme », etc. Le choix de telle ou telle expression a donc pu servir à magnifier ou au contraire à stigmatiser telle ou telle orientation de politique sociale. Derrière la vogue actuelle du contractualisme, on peut lire ainsi le triomphe de l'idéologie libérale, de la même manière que la référence à la notion allemande de « relation de travail » évoquait il y a vingt ans une « philosophie politique condamnée » par l'histoire. Supiot, *Critique du droit du travail*, note 34.

²²² « L'ancien droit germanique est à la source d'une tout autre tradition. Ce droit connaissait, à côté de la relation de travail servile, un contrat de vassalité (*Treudienstvertrag*) par lequel un homme libre (*Gefolgsman*) se mettait au service d'un autre (*Gefolgsherr*), qui lui accordait en retour protection, aide et représentation. Ce contrat faisait naître un lien personnel de fidélité réciproque, qui s'apparentait aux liens familiaux, et faisait participer ceux qu'il unissait à une même communauté de droits et de devoirs. Cette idée de lien personnel, et d'obligation de fidélité, se retrouvera naturellement dans l'organisation corporative, telle qu'elle se structure au Moyen Age et survit jusqu'à la révolution industrielle. » Supiot, *Critique du droit du travail*, note 34.

²²³ Au Brésil, ils sont aussi appelés « *relacionistas* » (relationnistes) parce qu'ils cherchent une explication à la spécificité de la *relation* de travail (et non au contrat de travail), à partir de laquelle on justifiera la question du pouvoir de l'employeur. », Dorval Lacerda, *Direito individual do trabalho*. (Rio de Janeiro : Editora A Noite, sans date), 35.

²²⁴ Comme disait le juriste allemand Otto Von Gierke, « Là où le romaniste croit posséder une vérité juridique éternelle..., le germaniste ne trouve souvent que des formules exprimant des préjugés individualistes et capitalistes (Gierke, *Privatrecht*, 1895, 25) » cité par Supiot, *Critique du Droit du Travail*, 13.

institutionnalistes).

L'autre, remettant en cause également la capacité du cadre du droit des obligations pour résoudre la question, a insisté à l'unir au lien entre l'employé et l'employeur dans les marques du droit privé, en développant, par conséquent, un contrat séparé de ceux des cadres de droit civil (le contrat de travail), lui donnant des éléments particuliers, spécialement celui du *personnalisme* et celui de la *dépendance* ou *subordination*, en changeant la recherche sur les fondements du pouvoir pour la raison d'être de cette position globale de subordination du travailleur. En gardant la nature contractuelle de la situation juridique du travail (et pour cette raison ces cours restent nommées de *contractualistes*), on dépasse, par conséquent, l'obstacle de la justice privée et de l'autonomie de la volonté, étant donné que les pouvoirs de l'employeur – inhérents à cette modalité contractuelle autonome – sont l'objet d'acceptation des travailleurs au moment de la formation du contrat de travail et de limitation par l'ordre public (§ 2^o - *Les conceptions contractualistes*).

Le Droit du Travail de tous les pays Européens²²⁵ – et aussi le droit brésilien – a été une synthèse du débat entre cette culture romaniste et germanique²²⁶.

§ 1^o Les conceptions institutionnalistes

²²⁵ « Il n'y a pas un pays en Europe où la conception de la relation de travail n'ait pas été influencée, à des degrés divers, par chacune de ces deux cultures, romaniste et germanique. Il est inutile de revenir ici sur l'influence qu'a pu exercer le code Napoléon dans l'ensemble de l'Europe continentale tout au long du XIX^e siècle. De son côté la doctrine allemande a eu une influence considérable, de la fin de ce siècle jusqu'à la seconde guerre mondiale, sur de nombreux autres pays européens. Il est possible de révéler dans la plupart des pays le jeu de ces influences respectives. » Alain Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination*, *DS*, 2, (2000) : 131-145.

²²⁶ Dans ce chapitre, on va analyser la construction du droit du travail en gardant comme référence les travaux doctrinaires des pays latins (France, Italie, Espagne et Portugal). Ce choix n'est pas fait par hasard. D'abord, si, dans tous les pays d'Europe, une tradition romaniste et germanique a exercé beaucoup d'influence dans la formation de chaque droit interne en matière de Droit du travail (Dans ce sens, Supiot, *Critique au droit du travail*, 13 et s.), dans le droit des pays latins (les droits français, italien, portugais et espagnol) il y a encore une autre ressemblance dans leur système, une fois que l'absorption par le contrat des valeurs personnelles inhérentes à la relation de travail dans ces droits s'est opérée de la même manière : le droit du travail y a été dominé par le rôle éminent conféré à la puissance publique dans la réglementation de la relation de travail. En plus, ces quatre pays ont été toujours ceux qui ont le plus influencé la législation et la doctrine brésilienne en droit du travail. En fait, après avoir commenté quelques dispositions légales de chacun de ces pays, les élaborateurs de la Consolidation des Lois du Travail ont fait cette confession, en affirmant que « le droit du travail brésilien n'est qu'un mélange de tout ce qu'on a pu assimiler des droits internes de ces pays ». Sussekind ; Maranhão ; et Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, 12.

Le point de départ commun de toutes les conceptions doctrinales qui, d'une façon autonome au droit privé, cherchent à justifier l'existence du pouvoir de l'employeur, demeure dans la vérification de l'échec des cadres du droit civil pour expliquer un tel pouvoir : soutenir le pouvoir dans le contrat seulement pour assurer, d'une manière formelle, l'accord du travailleur (et donc surmonter l'opposition du principe d'égalité des parties) est délibérément ignorer l'inégalité substantielle en position intersubjective des parties et le cadre dans lequel la relation de travail se produit. Et assimiler aux moyens de réaction du créancier à la violation le pouvoir disciplinaire est une façon formelle d'échapper à l'objection de l'autodéfense privée sans la résoudre.

Pour les défenseurs de l'institutionnalisme, l'accord du travailleur par rapport au pouvoir de l'employeur qui se manifeste dans le contrat ne valide pas par lui-même ce pouvoir parce qu'il n'est pas, la plupart du temps, plus que l'adhésion à une manifestation de volonté antérieure et unilatérale de l'employeur lui-même, dont le contenu ne peut pas être discuté par l'employeur, compte tenu de sa position de plus grande faiblesse²²⁷.

Selon le droit interne de chaque pays, ou même au sein de chacun, selon les différents abordages des défenseurs de l'institutionnalisme, on ne reconnaît pas cet échec seulement dans le but de *justifier* le pouvoir de l'employeur, mais pour *encadrer* tout le droit individuel du travail²²⁸. Cependant, un point commun par rapport à eux tous est de considérer comme fictive l'explication contractualiste des pouvoirs dans les rapports de travail et de rechercher un concept vraiment adéquat au phénomène du travail. Et cet encadrement se trouve en combinant les deux concepts fondamentaux : le concept d'*institution* et le concept d'*entreprise* qui, selon celui de ses aspects mis en évidence pour l'adapter à la législation, produit des formulations distinctes (une qu'on appellerait communautaire et l'autre autoritaire), qui diffèrent en raison des éléments conceptuels soulignés.

²²⁷ Menezes Cordeiro rappelle que « Gierke avait déjà démontré l'insuffisance des *locatio-conductio operarum* du droit romain et des autres contrats soumis pour traduire la réalité du travail en utilisant l'ancien droit germanique. Il a donc soutenu qu'un lien personnel s'établirait entre l'employeur et le travailleur, fondé sur une loyauté mutuelle et non pas sur un simple échange synallagmatique entre la rémunération et le travail comme il en résulterait de l'application stricte des principes patrimoniaux civils consacrés au digeste. » Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 122.

²²⁸ Ainsi, par exemple, alors que la doctrine institutionnaliste française a tendance à considérer que le contrat de travail, essentiellement compris comme un contrat d'échange de travail-salaire, ne permet pas d'expliquer certains aspects de la relation de travail, les institutionnalistes allemands, d'autre part, préfèrent comprendre que le droit privé est totalement incapable d'expliquer l'ensemble des aspects de la relation de travail et, en conséquence, ou on passe à une nouvelle formulation du contrat lui-même ou à seconder son importance dans cette branche du droit. Dans ce sens, Ramalho, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, 365.

Nous allons donc présenter les concepts où l'on a basé les conceptions institutionnalistes (institution et entreprise) (A) et puis examiner leurs différentes formulations (communautaires et autoritaires) (B) afin que nous puissions enfin élaborer une critique des solutions développées par chacune d'elles pour la problématique de l'encadrement juridique des pouvoirs de l'employeur (C).

A. Les concepts de l'institutionnalisme et son application au problème de l'encadrement juridique du pouvoir dans les rapports de travail

Quand on présume l'incapacité de l'encadrement contractuel classique pour expliquer la relation de travail sous tous ses aspects ou tout au moins dans ceux qui sont ses notes spécifiques – comme la question du pouvoir qui lui est inhérent – les conceptions institutionnalistes recherchent un encadrement de remplacement pour cet effet. Et ce cadre se trouve en combinant les deux concepts fondamentaux : le concept d'*institution* et le concept d'*entreprise*.

Le concept d'*institution*, théorisé d'abord par le juriste français Maurice Hauriou (1866-1929)²²⁹, est après tout le développement qualifié de l'idée de groupe, qui, selon l'auteur, réside en trois facteurs fondamentaux : un facteur finaliste (l'objectif du groupe), un facteur instrumental (l'organisation nécessaire à sa poursuite) et un facteur

²²⁹ Hauriou définit institution comme « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. ». Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation," *Cahiers de la Nouvelle Journée*, IV, (1925): 10. De même, dans son application au domaine privé de la notion d'institution, Alfred Légal et Jean Brethe de la Gressaye délimitent le concept sociologique et le concept juridique de l'institution comme une réalité sociologique, l'institution part de la vérification de la dimension collective de l'homme pour son intégration dans les communautés qui le transcendent et dont l'élément d'unification est l'existence d'un objectif commun et le caractère tendanciellement permanent. Comme une réalité juridique, aux idées de permanence et d'objectif commun, l'institution ajoute le concept d'autorité comme un moyen d'organisation du groupe – le concept d'autorité est inhérent à la réalité juridique institutionnelle et se manifeste dans l'existence de pouvoirs de commandement, compris comme la seule façon d'assurer la prévalence de l'intérêt du groupe sur les intérêts individuels de ses membres. Il est important de noter que ce concept a fait écho à travers les frontières. Alfred Légal et Jean B. Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées* (Paris : Sirey, 1938), 24 et suiv. Santi Romano, par exemple, estime que l'institution est un corps social de substrat personnel avec une existence objective et une autonomie relevante à l'ensemble de ses membres et doté d'une organisation. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (Firenze : Sansoni, 1945), 29. Comme on voit donc, dans quelques-unes de ces notions on trouve les éléments de permanence, communauté d'objectifs et organisation autoritaire.

de temps (le caractère de tendance permanente du groupe). En combinant ces facteurs, on peut dire qu'on est devant une *institution* lorsque le groupe a été formé d'une manière durable pour la poursuite d'un objectif commun, différemment de la somme des objectifs de chacun de ses membres ; et quand il est muni d'une organisation pyramidale, dans laquelle on voit des pouvoirs de domaine instrumentés dans le but particulier²³⁰. C'est naturellement l'évaluation par le droit de soumission à l'intérêt social direct ou indirect qui est révélé en attribuant des moyens réputés nécessaires pour l'origine de sa fin, parmi lesquels *les pouvoirs au sein du groupe*. Pour la possibilité d'évolution de la propre institution, on ne vérifie pas, au moins d'une forme complète, la nécessité d'un consensus pour la modification de l'objet du métier.

Le concept *d'institution* a trouvé une application surtout dans le droit public²³¹, mais il aura dans les rapports de travail un terrain exceptionnellement fertile pour sa mise en œuvre : l'entreprise, en tant que cadre dans lequel se développe la majorité écrasante des relations de travail²³². En fait, est dans la réalité des entreprises que l'application de l'idée de l'institution a eu le point focal de son développement au domaine privé.

Quant au concept *d'entreprise* utilisé par les institutionnalistes²³³, on peut dire que ce serait un ensemble organisé de facteurs économiques et humains, matériels et immatériels, regroupés de façon plus ou moins durable, afin de poursuivre un objectif de production, dont la valeur économique constitue une utilité pour le droit et cela est, en tant que tel, digne de protection juridique²³⁴. Dans l'évaluation du phénomène entrepreneurial, la doctrine distingue généralement trois sens principaux : un sens objectif, pour lequel l'entreprise est considérée comme un *bien*, un objet du domaine de l'entrepreneur ; un sens subjectif où l'entreprise est ramenée à l'*activité* de l'entrepreneur ; et un sens organique où l'entreprise est considérée comme un organisme consacré à un

²³⁰ Sur la relation entre le concept de l'institution et le concept des contrats en général, dans la construction Hauriou, voir, pour tous, l'analyse de J. A. Broderick, "La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français," *Arch. Phil. Dr.*, 13 (1968) : 143 et suiv.

²³¹ En ce sens, Légal et Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 43.

²³² Comme le dit Légal et Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 44.

²³³ Ce n'est pas dans le cadre de la présente étude de poursuivre vers un quelconque jugement sur le concept juridique de l'entreprise, ce qui est susceptible, par ailleurs, d'interprétations différentes qui se traduisent par une certaine diversité terminologique. Nous utiliserons un concept qui sert à illustrer la compréhension dominante importée pour le terrain du travail. Pour confirmer la nature diffuse de la terminologie de l'entreprise, comparer les doctrines en droit comparé. Par exemple, les doctrines portugaise et italienne, comme dans Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, (Coimbra : Atlântida, 1967), 7 et ss. ; Riva Sanseverino, *Del lavoro nell'impresa*, 126 et suiv.

²³⁴ Dans ce sens, voir : João Luis Nogueira Matias, "A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada" (Thèse de doctorat, Université de São Paulo, 2009), 147-153.

objectif particulier et doté d'une *ordination* de facteurs afin de les poursuivre, qui transcende la personne même de l'entrepreneur – c'est, selon les termes de certains auteurs, l'entreprise comme un « corps social²³⁵ ».

Appliqué aux rapports de travail, au plan juridique, le concept d'institution ne fait, après tout, rien d'autre que d'établir la forme *organiciste* de faire la perspective de l'entreprise, soulignant en particulier la valeur du facteur humain qui intègre cette organisation – le facteur de travail et sa gestion afin de poursuivre l'objectif entrepreneurial présenté²³⁶. L'entreprise est, pour effet de poursuite de son but ultime, devenue autonome de la personne de l'entrepreneur par la reconnaissance de sa valeur comme un groupe qui a son propre intérêt (l'intérêt de l'entreprise, qui n'est pas tout simplement restreint à l'intérêt de l'entrepreneur²³⁷) et ayant une vocation de permanence, ce qui permet sa survie aux changements de l'entrepreneur lui-même, aux transmissions, fusions, changements d'état etc.

Ainsi, la pertinence et l'utilité de cet intérêt commencent à justifier, en soi, le mode d'organisation de plusieurs facteurs convergents pour sa poursuite, ce qui, en ce qui concerne le facteur travail, détermine la répartition des pouvoirs de direction de l'activité fournie et de discipline et la correspondante situation d'infériorité de négocier par l'employé²³⁸.

Comme on le comprend facilement, l'encadrement institutionnel de l'entreprise produit de considérables conséquences sur la question de l'encadrement juridique des pouvoirs de l'employeur. Son admissibilité se base sur l'*existence* de l'entreprise, qui est configurée de cette manière comme sa source autonome. Par

²³⁵ En ce sens, Francesco Santoro-Passarelli, *Libertà e autorità nel diritto civile* (Padova : Cedam, 1977), 251 ; Aldo Aranguren Giuliano Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro* (Milano : Giuffrè, 1990), 104 et suiv.

²³⁶ La CLT, en conceptualisant l'employeur en tant que « l'entreprise individuelle ou collective » (art. 2), a adopté ce troisième critère, à savoir, l'entreprise en tant qu'ordination de facteurs pour atteindre un certain objectif. Nous aurons aussi l'occasion de nous référer aux influences institutionnalistes dans le droit du travail brésilien.

²³⁷ Légal et Gressaye considèrent que, en plus de poursuivre son intérêt individuel pour le profit, l'entrepreneur joue également un rôle social et économique, qui révèle un intérêt commun pour la prospérité de l'entreprise, de laquelle tant l'entrepreneur comme les travailleurs dépendent pour survivre. Légal et Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 65.

²³⁸ En ce sens, P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de Droit du Travail* (Paris : Dalloz, 1947), 334 et suiv., classifient l'entreprise comme une institution privée sous « forme patronale » en insistant sur l'inhérence des situations d'inégalité qui ont lieu en elle par la qualité de l'employeur lui-même, en tant que détenteur des moyens de production et des risques. Selon cette classification, l'entreprise est configurée comme une institution similaire à la famille et opposée, par exemple, à la coopérative (ce que les auteurs qualifient comme une institution privée de type égalitaire) dans laquelle les relations d'inégalité ne correspondent pas aux impositions antérieures relatives à la qualité de ses membres mais au libre choix des porteurs des agences dotées du pouvoir d'autorité.

conséquent, il y a un déplacement du plan de positionnement de la question de base : le pouvoir ne doit pas être justifié comme le pouvoir d'un sujet privé sur un autre sujet privé, mais comme le pouvoir du *groupe-institution* sur chacun de ses membres – ce qui permet de surmonter l'obstacle fondamental du principe de l'égalité dans le domaine juridique privé, car il ne s'agit plus d'un pouvoir qui assure la prévalence de l'intérêt propre (et égoïste) d'un sujet privé sur l'autre, mais un moyen d'assurer la poursuite d'un intérêt du groupe dans lequel le pouvoir du récepteur du pouvoir est incorporé.

Selon cette conception, le contrat de travail a peu ou pas d'importance dans la justification des pouvoirs de travail – ce qui correspond, soit dit en passant, facilement dans l'affirmation de la contradiction entre les catégories du contrat et de l'institution admise en termes généraux par la théorie même de Maurice Hauriou et même sous les critiques génériques de la notion de contrat, qui représentent la réalité du travail certaines de ses illustrations les plus significatives²³⁹. Ou on ne lui reconnaît pas de pertinence pour l'attribution de ces pouvoirs et la configuration même de la relation de travail (c'est la position la plus extrême de la doctrine de l'incorporation, développée principalement au sein du droit allemand, mais qui apparaît aussi dans la doctrine d'autres pays²⁴⁰) ou il est entendu comme la source des pouvoirs de l'employeur, mais seulement pour assurer le volontariat de la situation d'assujettissement du travailleur aux pouvoirs de travail de l'entreprise, en servant, en fin de compte, pour distinguer le travail subordonné du travail servile.

La raison du visage inégal de la relation de travail et des pouvoirs de l'employeur qui correspondent à la situation d'infériorité contractuelle du fournisseur de main d'œuvre se situe dans son insertion dans l'institution-entreprise et dans la nécessité de coordonner ses performances de travail avec la prestation des autres travailleurs afin de poursuivre l'objectif économique que l'entreprise a fixé et qui a mérité la protection du législateur. Ce n'est pas le contrat qui exige ces pouvoirs, c'est l'entreprise qui ne peut pas, sans eux, atteindre l'objectif qu'elle s'est fixée et même survivre.

²³⁹ Voir, en ce sens, par exemple, Henri Batiffol, "La crise du contrat et sa portée," *Arch. Ph. Dr.*, 13, (1968), 13 et suiv., dans lequel l'auteur souligne, à titre d'exemple du déclin de la notion classique de contrat, le contrat de travail, non seulement par l'intervention juridique impérative de conditionner fortement la liberté contractuelle, comme par l'extension des effets contractuels au-delà des parties et de leurs héritiers (par exemple, l'attribution de la position contractuelle de l'employeur dans le cas de la transmission de l'établissement) et aussi par l'existence des conventions collectives, avec la possibilité d'extension de ses effets aux non-signataires. Au Brésil, c'est pour cette raison que les conventions collectives ont un caractère de règle juridique et non de contrat par rapport à ses destinataires.

²⁴⁰ En ce sens, Légal et Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 45.

B. Les formulations doctrinaires institutionnalistes.

Quand on établit le cadre générique de l'analyse institutionnaliste, il reste à souligner que la note distinctive des différentes formulations qui l'intègrent est donnée uniquement par la manière d'appliquer le concept d'institution à l'entreprise et pour le rôle donné au contrat de travail.

L'application du concept d'institution à la réalité des relations de travail n'est pas, en fait, opérée d'une manière univoque pour la doctrine puisqu'elle apparaît dans un contexte de contestation des paramètres contractuels d'encadrement du phénomène du travail subordonné qui révèle des différences fondamentales dans le droit de différents Etats, et au sein de chaque Etat, dans les différents secteurs de la doctrine, ce qui se traduira par l'attribution d'une plus grande pertinence aux différents éléments du concept d'institution dans son application à la réalité des affaires dans chaque pays. D'un point de vue méthodique, on peut distinguer deux grandes orientations sur la façon de concevoir l'application du concept d'institution au domaine du travail dans la réalité des entreprises : la première, de nature communautaire, qui valorise essentiellement la nature de *la communauté d'objectifs* poursuivis par l'entreprise dans le concept d'institution (1) ; et une seconde, de teinte plus autoritaire, qui donne plus d'importance à l'*élément d'organisation* du concept (2).

1) Les formulations communautaires

Les conceptions communautaires préfèrent accorder une plus grande importance à l'aspect de la *communauté d'intérêts de l'entreprise* inhérent à la notion d'institution plutôt qu'à sa caractéristique organisatrice – de se développer hiérarchiquement. L'application du concept d'institution aux rapports de travail, qui a eu comme pionnière la loi allemande²⁴¹, se fait à travers le développement de l'*élément de communion d'objectifs*²⁴², qui comprend l'idée d'institution.

²⁴¹ Dans ce sens, Boldt, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, 231 et s. Voir aussi Menezes de Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 89 et suiv.

²⁴² Et que les allemands désignent simplement par le mot « communauté » (*Gemeinschaft*). Boldt, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, 231.

Avec le déplacement de l'objet de la relation de travail du binôme travail-rémunération pour le binôme loyauté-assistance et l'affirmation du personnalisme du lien de travail, la doctrine allemande affirme l'existence d'un élément communautaire à deux niveaux : d'une part, la relation entre les parties est une relation de communauté puisque le travailleur partage les intérêts de l'employeur à qui il doit loyauté ; et, en même temps, en développant la prestation du travailleur au sein de l'organisation commerciale prédisposée par l'employeur, le fait que tous les participants de cette organisation partagent les intérêts de l'organisateur transforme l'organisation elle-même en une communauté²⁴³. Et si l'insertion du travailleur dans la communauté justifie la spécificité de sa prestation (que la doctrine résume dans le devoir de loyauté au sens large²⁴⁴) c'est aussi cette idée de communauté qui est derrière les obligations d'assistance de l'employeur qui vont au-delà du cadre d'échange d'actifs strictement obligationnel du contrat.

Dans ce contexte, l'idée d'une institution se montre comme la conséquence logique et nécessaire de cette façon de concevoir l'entreprise : l'entreprise (*Betrieb*) apparaît en tant que *groupe* doté d'*un intérêt commun* que chaque employé prend comme le sien propre à partir du moment où il l'intègre. Cette intégration par la doctrine communautaire est considérée comme quelque chose qui est indépendante de l'existence d'un contrat. Et d'autre part elle est considérée une conséquence de la formation du contrat, ce qui lui confère une caractéristique de contrat de droit du travail²⁴⁵. Cependant, dans quelques-uns des cas (communautaire-personnel ou d'incorporation), l'idée d'une *communauté d'affaires* (*Betriebsgemeinschaft*) apparaît comme le facteur essentiel pour la délimitation de la relation juridique dans le domaine du droit du travail et détermine la manière de son développement : d'une perspective subjective, donc, c'est l'idée de communauté qui anime le groupe-entreprise dont les objectifs ne sont plus de l'entrepreneur mais de tous les membres du groupe – ce qui rend les employés et les

²⁴³ Menezes de Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 91.

²⁴⁴ Menezes de Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 91.

²⁴⁵ On doit noter que les concepts communautaires de l'institutionnalisme sont divisés, quant à la reconnaissance de l'existence d'un contact, en deux : pour un courant plus modéré, soi-disant communautaire-personnel (*personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis*), le contrat a un caractère personnel et exige l'insertion du travailleur dans l'entreprise comme un élément essentiel afin de vérifier la relation de travail ; quant à la position la plus radicale appelée la théorie communautaire de l'incorporation (*Eingliederungstheorie*), le contrat est simplement remplacé par l'acte d'insertion du travailleur dans l'entreprise, étant considérée comme non pertinente l'existence d'un accord préalable mutuel entre le travailleur et l'employeur, ou qui a, tellement, des effets simplement obligationnels, mais pas d'effets de travail. Pour un aperçu des idées institutionnalistes dans le droit allemand, vérifiez Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 93.

entrepreneurs collaborateurs. Alors, on ne nie pas ici la structure verticale de l'entreprise, on la fait seulement dériver de la communauté. La hiérarchisation des compétences et le *principe du chef (Führerprinzip)* existent parce qu'ils sont nécessaires à la poursuite de l'objectif commun²⁴⁶.

Si bien qu'actuellement même la doctrine allemande considère la conception institutionnaliste communautaire dépassée²⁴⁷, on ne peut pas nier sa pertinence car elle a influencé décisivement non seulement la doctrine germanique postérieure mais a également contribué aux débats sur l'encadrement juridique de la relation de travail subordonné dans d'autres droits internes²⁴⁸.

2) Les formulations organisationnelles

²⁴⁶ En ce sens, Boldt, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, 238.

²⁴⁷ La doctrine allemande actuelle en est revenue à affirmer le caractère contractuel des relations de travail subordonné en mettant de nouveau son objet essentiel dans le binôme travail-rémunération, ramenant le devoir de loyauté du travailleur à la position de devoir accessoire qu'on peut intégrer dans le devoir général de respect des contrats selon les règles de la bonne foi et en admettant, au mieux, un concept de rémunération dans un sens large, ce qui permet d'intégrer dans la propriété de l'employeur non seulement sa prestation de salaire essentielle mais aussi les autres prestations patrimoniales accessoires desquelles elles sont peut-être dépendantes et qui étaient traditionnellement intégrées dans le cadre du devoir d'assistance. C'est la théorie de la compensation, développée par Peter Schwerdtner. *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht des Arbeitsbedingungen*, 1970, p. 16 et suivs, cité par Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 124.

²⁴⁸ Tel est le cas, par exemple, du droit du travail français, en particulier de la théorie générique déjà mentionnée de la phénoménologie disciplinaire dans le domaine du droit privé réalisée par Légal et Gressaye, et de la construction du travail de Paul Durand. Tel que dans la conception allemande, on propose de remplacer la perspective contractuelle traditionnelle d'analyse du phénomène du travail par un acte qui confie une perspective directe à la relation de travail en tenant en compte son caractère personnel et son développement au sein de l'entreprise. L'entreprise est une institution établie pour la poursuite d'un objectif commun et similaire à d'autres institutions publiques et privées. Les petites entreprises seraient comparables à la famille et la grande entreprise à l'organisation de l'état elle-même. L'objectif communautaire détermine la forme hiérarchique d'organisation de l'entreprise, ce qui implique l'admissibilité d'une relation non égalitaire présidée par l'employeur dans la qualité de chef de l'entreprise. Mais cela implique aussi que les travailleurs ne disposent pas d'une position purement passive au sein de l'entreprise, dès lors qu'ils sont liés à ses objectifs. Et finalement cela détermine pour l'employeur l'obligation de prendre soin des besoins de ses employés. Le contrat de travail est réduit à la catégorie d'acte-condition, en considérant incurable l'embauche entre le principe d'autorité de l'institution et le principe de parité du domaine de la négociation. Comme on le voit facilement, il y a ici toutes les notes caractéristiques de la conception communautaire institutionnaliste germanique (bien que, de façon plus marquée dans l'exposition de Durand, par ailleurs beaucoup plus approfondie sur les questions du travail) : la conceptualisation de l'entreprise en tant qu'institution, le personnalisme des relations de travail et l'idée de la collaboration, le concept d'être le chef hiérarchique à la manière du *Führerprinzip* et l'obligation d'assistance de l'employeur. Dans ce contexte, les pouvoirs du travail commencent à être vus non pas comme des droits de l'employeur mais comme les responsabilités du propriétaire de l'entreprise dans sa quête des objectifs institutionnels et dans l'exécution de son devoir d'assistance qui agissent comme des limites à son exercice légitime. Brethe de la Gressaye, *La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées*, 75 ; et Durand et Jaussaud, *Traité de Droit du Travail*, 412.

La deuxième principale voie d'application du concept d'*institution* à la question de l'encadrement juridique des pouvoirs de travail est tentée par la mise en valeur de l'*élément d'organisation* (au détriment de la *communauté d'objectifs*) qui intègre son concept, ce qui révèle une aptitude spéciale explicative lorsqu'il est connecté à l'entreprise, en conjonction avec sa notion fondamentale : la notion de *hiérarchie*²⁴⁹.

Malgré les points communs aux deux (communautaires et organisationnelle-autoritaires), à la fois le point de départ et l'objet d'analyse de l'une et de l'autre sont substantiellement différents. Bien qu'elle se fonde aussi dans une position de critique systématique du contractualisme, la formulation organisationnelle n'a pas, contrairement à l'orientation communautaire, comme toile de fond la tentative globale d'autonomie du droit du travail face au droit des obligations, ni n'arrive jamais à renoncer à l'élément contractuel pour affirmer la source de la relation de travail, dont l'encadrement traditionnel n'est généralement pas mis en question mais seulement partiellement rénové. En conséquence, le problème des pouvoirs de l'employeur est abordé d'une manière beaucoup plus directe. Et cet encadrement est tenté en établissant un parallèle entre la *relation de travail* et d'*autres relations juridiques*, en particulier la relation des *fonctionnaires publics* à travers l'extension au domaine du travail au sein de l'entreprise du concept fondamental de la hiérarchie comme un moyen d'organisation de l'entreprise-institution²⁵⁰.

Selon cette conception, l'entreprise apparaît également en tant que groupe social doté d'un objectif propre. Mais sa marque institutionnelle plus forte n'est pas la communion des objectifs, sinon le type d'organisation nécessaire pour atteindre ces objectifs : la complexité inhérente au processus de production de l'entreprise, avec sa combinaison de facteurs humains et matériels, détermine la nécessité d'une organisation verticale avec stratification des compétences et, dans cette mesure, créatrice de relations inégales entre les différentes strates, y compris la répartition des pouvoirs à un ou plusieurs sujets par rapport aux autres – à savoir, une organisation hiérarchique ou d'autorités²⁵¹.

²⁴⁹ En ce sens, la doctrine affirmera l'entreprise en tant qu'une ordonnance institutionnelle hiérarchique dirigée par son *dominus* doté de pouvoirs d'organisation, de direction et de discipline auxquelles l'employé, en vertu de son inclusion dans l'entreprise, devra se subordonner. Le concept d'ordonnance hiérarchique est inhérent à tout type d'organisation sociale. En ce sens, aussi Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 33 et suiv. et Magda Franca Rabaglietti, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, (Milano : A. Giuffrè, 1956), 67.

²⁵⁰ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 54.

²⁵¹ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 54.

Dans ce contexte, *la réalité de l'entreprise* est toujours l'élément fondamental dans la justification des pouvoirs, non pas tant en termes de son but mais par son mode de fonctionnement et d'organisation, naturellement hiérarchique²⁵². Quand il s'intègre dans l'entreprise, l'employé, plutôt que d'assumer comme les siens les objectifs de l'employeur (comme dans les conceptions communautaires germaniques), accepte et adhère à l'organisation des facteurs de production existants dans cette entreprise – et sont les besoins de l'organisation ceux qui fondent directement les pouvoirs de l'employeur.

On n'affirme pas la nature de parité de la relation de travail donnée par la communion d'objectifs entre les parties, à la façon germanique. On accepte plutôt la relation inégale de l'autorité comme la seule façon de garder l'organisation de l'entreprise apte en mesure d'atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés et que le droit protège. C'est donc une justification presque identique aux fondements utilisés dans le droit administratif pour reconnaître les pouvoirs hiérarchiques, c'est-à-dire, reposés sur l'idée de « l'intérêt du service²⁵³».

Compte tenu de cette justification des pouvoirs de l'employeur, le rôle attribué au contrat de travail reste à voir. Tout en assurant la soumission volontaire du travailleur aux pouvoirs du travail, il n'est pas apte à les justifier, étant donné que ces pouvoirs cessent d'être considérés comme des pouvoirs de l'employeur pour devenir les pouvoirs de l'entreprise, *entité autonome, distincte de la personne de l'entrepreneur*. De toute façon, devant le binôme *subordination -pouvoir* directement justifié par l'organisation des entreprises, au contrat correspond toujours la définition du binôme d'échange travail-salaire, à savoir, le noyau obligationnel de la relation de travail^{254 255}.

²⁵² Bien que la justification de cette forme d'organisation nécessairement se connecte à la fin poursuivie – qui peut, dans cette mesure, être considérée comme une justification indirecte de ces pouvoirs. Cela fait référence à Nicole Catala : « La nécessité d'assurer l'ordre et le bon fonctionnement de la collectivité sociale qu'est l'entreprise, comme de toute collectivité humaine, justifie l'exercice d'une autorité incluant le pouvoir de sanctionner les défaillances entre ses membres. Inhérente à tout groupement, car elle est seule à même d'éviter qu'il ne sombre dans l'anarchie, cette exigence constitue le fondement même du pouvoir » Nicole Catala, *L'entreprise* (Paris : Dalloz, 1980), 266.

²⁵³ Soulignant cet argument, Jean Rivero et Jean Savatier, *Droit du travail* (Paris : PUF, 1981), 206.

²⁵⁴ En ce sens, Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 104 et suiv.

²⁵⁵ Aussi dépassés en Europe, conservent leur importance les fondements conceptuels de la conception institutionnaliste autoritaire parce que, dans le droit brésilien, la Consolidation des Lois du Travail, qui date de 1943, a fini par obtenir ses influences, selon l'avis de la doctrine.

C. Évaluation critique des solutions présentées par l'institutionnalisme pour la problématique de l'encadrement juridique des pouvoirs de l'employeur

En conceptualisant les acceptions communautaires et organisationnelles de l'institutionnalisme, on commence à exposer comment elles ont essayé de résoudre la problématique de l'encadrement juridique des pouvoirs du travail (1) présentant ensuite les critiques leur étant adressées par les contractualistes (2).

1) Les solutions institutionnalistes pour la problématique des pouvoirs de l'employeur : le déplacement de l'intérêt pour un élément externe à l'employeur.

Dans les conceptions communautaires, il a été possible de conclure au sujet des pouvoirs de l'employeur que ceux-ci ne sont pas les pouvoirs de l'employeur, mais les pouvoirs de l'entreprise, qui permettent à l'employeur d'agir comme son *Führer* : ils ne sont pas là pour assurer la poursuite des intérêts de l'employeur, mais pour assurer les intérêts de l'entreprise qui, selon le sens communautaire du concept d'institution, sont aussi les intérêts du travailleur lui-même, un membre de cette communauté. En effet, en s'intégrant dans l'entreprise, le salarié commence à partager les intérêts et les objectifs de celle-ci en se soumettant à la respective forme d'organisation, ce qui implique l'acceptation d'une relation organique, verticale et inégale, un corollaire logique des pouvoirs de l'employeur.

Les pouvoirs dans les rapports de travail subordonné sont généralement ceux de l'entreprise-communauté sur ses membres et son acceptation par le travailleur, tel que son exercice par l'employeur après tout correspond à l'exécution d'une obligation imposée par le groupe même duquel ils font tous partie. L'intérêt de ce déplacement de la volonté persécutée (qui est considérée non pas comme un intérêt égoïste de l'employeur, mais comme l'objectif commun de l'entreprise ou de la société nationale²⁵⁶)

²⁵⁶ Dans l'expression la plus radicale de l'institutionnalisme communautaire (théorie de l'incorporation), développée sous l'égide du national-socialisme, les intérêts de l'entreprise correspondent, dans un sens plus large, aux devoirs imposés par l'intérêt social mondial de la production nationale, que l'entreprise, en tant

est clair : si les pouvoirs de l'employeur sont les pouvoirs de l'entreprise, dans laquelle le travailleur est également intégré et dont il assume les intérêts comme lui-même, il n'y a pas lieu de briser le principe de l'égalité ni dans une exception au principe de la justice publique.

Le principe de l'égalité du droit privé n'est pas violé parce qu'il ne s'agit pas de direction et application de sanctions déterminées tout au cours de l'exécution d'un contrat par un sujet dans une position de suprématie contractuelle, mais de « faire agir la discipline nécessaire pour le maintien de tout groupe social²⁵⁷ » – l'employeur n'agit pas comme une partie dans un contrat mais en tant que *chef de l'entreprise*. Et son action est légitimée par la nécessité de poursuivre les intérêts de l'entreprise, mais elle est aussi par eux limitée. D'autre part, étant l'employeur et les employés des collaborateurs, ils n'établissent pas une relation d'inégalité mais de coopération, chacun dans la poursuite du rôle qu'ils ont au sein de la communauté des affaires – la fonction de fournir leur main-d'œuvre afin de poursuivre l'objectif commercial et maintenir la loyauté à ce même objectif par l'employé et la fonction d'interpréter l'objectif de l'entreprise et d'assurer sa poursuite, notamment par la prévision et l'application des sanctions en cas de non-respect par l'employeur.

Quant au principe de la prohibition de l'autodéfense, il ne semble pas être affecté non plus, puisque, selon cette compréhension, le pouvoir de direction, fiscalisation et disciplinaire de l'entreprise sont identiques à ceux de tout groupe sur ses membres – il ne s'agit pas, après tout, d'une discipline hétéronome mais de l'autodiscipline d'un groupe social. Ainsi, alors qu'on facilite les fondations du pouvoir, cette compréhension apporte également des avantages quant à sa limitation : on n'entend plus cela comme une prérogative de l'employeur et cela commence à être vu comme un *rôle* du chef de l'entreprise. Le but même de l'entreprise contribue à la détermination de la légalité de son exercice. On admettra seulement l'émission de commandements, l'exercice de la fiscalisation et l'application de sanctions, pas pour violation des intérêts personnels de l'employeur, mais plutôt de la *communauté*. D'autre part, la conception de ces pouvoirs en tant qu'un pouvoir de l'entreprise tend à produire une plus grande uniformité quant à

qu'organisme social, doit continuer. Dans ce sens Boldt, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, 242.

²⁵⁷ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 112.

la forme de son exercice, comme par l'établissement d'un règlement d'affaires (*Betriebsordnung*), qui liera le propre employeur²⁵⁸.

Les pouvoirs aux rapports de travail donc cessent d'être compris comme un droit de l'employeur et commencent à être vus comme une fonction de gestion. Par conséquent, leur champ d'application sera conditionné par les intérêts de la gestion elle-même et son exercice doit tenir en compte des critères objectifs de gestion et non des critères subjectifs de l'employeur – ce qui réduit le degré d'appréciation des activités de l'employeur, et d'eux-mêmes parce que le contrôle des intérêts commerciaux peut se faire par les travailleurs eux-mêmes, les bénéficiaires des pouvoirs. Cette compréhension, cependant, ne semble pas entrer en collision ni avec le principe de l'égalité ni avec le principe de la prohibition de l'autodéfense.

Dans ce contexte, les pouvoirs de direction, fiscalisation et discipline sont le résultat d'un pouvoir hiérarchique et leur structure de base se situe dans les besoins d'organisation de l'entreprise-institution ; par conséquent, leurs objectifs sont de maintenir les principes d'ordre, d'unité et d'autorité de l'organisation, mais ils peuvent également fonctionner comme une réaction normale des situations de non-conformité contractuelle²⁵⁹. La soumission du travailleur à ce pouvoir découle de *son inclusion dans l'entreprise-institution*, à laquelle est inhérente (comme d'ailleurs dans toute institution) la nécessité d'adapter le comportement de ses membres aux fins du groupe – ce qu'on voit est, dans une situation de conflit d'intérêts, la prévalence d'un intérêt au dessus de ce qui individuellement est manifesté par l'employeur. Les limites de ce pouvoir, comme celles de tout pouvoir hiérarchique, dérivent, d'une part, de la soumission volontaire du travailleur (démontrée dans le contrat) et, d'autre part, de son confinement nécessaire au niveau de l'entreprise.

2) *Critiques aux solutions institutionnalistes*

L'aspect clé des critiques aux théories institutionnelles réside dans le concept même d'*institution*, dont les éléments constitutifs sont présents dans une de ces deux conceptions²⁶⁰. Cependant, le formalisme des différences est révélé par une double

²⁵⁸ Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 113.

²⁵⁹ Santoro-Passarelli, *Libertà e autorità nel diritto civile*, 320.

²⁶⁰ La distinction est établie seulement par une valorisation différente qui, dans les deux constructions, est donnée aux mêmes éléments de base : les conceptions communautaires donnent plus d'importance à

observation : d'une part, à la fois la formulation communautaire prend en compte l'élément d'autorité dans l'organisation du groupe, ce qui finit – même sans être l'élément de légitimation directe de ce pouvoir, mais l'intérêt de la communauté – par lui donner une grande importance²⁶¹, comme la formulation autoritaire fonde la nécessité de l'organisation hiérarchique de l'entreprise dans la poursuite de l'objectif du groupe, dans lequel le bénéficiaire des pouvoirs inhérents à la notion de hiérarchie a été intégré volontairement.

On vérifie donc que les deux conceptions arrivent au même résultat final : la justification d'une relation inégale dans le domaine privé, avec les pouvoirs de suprématie inhérents, directement à partir de l'idée d'institution, appliquée à la réalité des entreprises et en dehors du contrat. Dans ce contexte, l'évaluation de ces compréhensions est ramenée à la vérification de la valeur réelle du concept d'institution, avec les éléments qui l'intègrent dans le domaine de travail privé et à la détermination de la possibilité de « *démissionner* » le facteur contractuel pour expliquer les pouvoirs de l'employeur²⁶².

En fait, les explications institutionnalistes pour l'encadrement juridique des pouvoirs dans les rapports de travail présentent, au regard de la perspective contractualiste, des avantages importants que la doctrine met évidemment en évidence et qui doivent être pris en compte dans son évaluation. D'une part, ce point de vue semble mieux correspondre à la réalité des relations de travail, car il permet le dépassement de la fiction de « l'accord » du travailleur par rapport à un règlement qui est, après tout, le produit de la volonté unilatérale précédente de la contrepartie et explique plus facilement l'intersubjectivité de plusieurs relations de travail développées au sein d'une même entreprise. D'autre part, cette conception semble permettre un contrôle pratique plus efficace des pouvoirs de l'employeur, considérés comme une fonction de gestion et non plus comme un privilège ou un droit de l'employeur, étant ainsi conditionnés aux intérêts de gestion (plus facilement déterminés). Et il peut être contrôlé dans son exercice concret par les bénéficiaires eux-mêmes du pouvoir et non par la vérification toujours difficile de

l'élément de la communion d'objectifs en produisant une construction de tendance associative tandis que les formulations qu'on appelle autoritaires accentuent plus l'élément d'organisation, en essayant de justifier directement dans les besoins de l'organisation la relation inégale parmi les membres.

²⁶¹ On peut voir l'importance accordée au *Führerprinzip* avec le national-socialisme, une époque qui correspond, après tout, à la plus grande application pratique des doctrines communautaires-personnelles et de l'incorporation. Soulignant la contradiction des doctrines communautaires germaniques, tout comme la question de la hiérarchie dans l'entreprise, par exemple, Mazzoni, *Contenuto e limiti del potere disciplinare dell'imprenditore*, 151.

²⁶² Le mot « démissionner » est utilisé par Menezes Cordeiro dans Cordeiro, *Da situação jurídica Laboral*, 113.

l'existence d'une situation d'abus des droits (seule façon de contrôler le pouvoir de travail dans le contractualisme) mais par l'utilisation de techniques de défi de pouvoir à la manière administrative²⁶³.

Cependant, les avantages présentés ne permettent pas de surmonter les deux objections fondamentales que la compréhension institutionnaliste suscite et qui la rend inacceptable dans la thèse générale : *le caractère fictif de « l'intérêt commun » et l'incapacité d'expliquer les pouvoirs dans les rapports de travail hors entreprise.*

En ce qui concerne l'existence d'un « intérêt commun » entre l'employeur et l'employé, révélé principalement par la formulation communautaire mais sous-jacent également à la formulation autoritaire comme une justification de l'organisation même de l'entreprise (et, dans cette mesure, constituant le fondement médiat des pouvoirs qui l'exercent), nous constatons qu'on le fait correspondre à une *communion d'objectifs parmi les sujets*, exprimé dans l'entreprise-institution et dans l'idée de personnalisme du lien de travail lui-même : en tant que membre du groupe, l'employé assume alors comme le sien l'objectif de prospérité de l'entreprise en s'engageant personnellement à contribuer pour cela. En ce sens, il est comme un partenaire de l'employeur à la poursuite du travail commun et c'est cette œuvre qui justifie les pouvoirs²⁶⁴. La vérité, cependant, est que l'affirmation du caractère communautaire de l'intérêt de l'entreprise ne correspond, en fait, à aucune communion puisque, comme le souligne à juste titre le juriste portugais Menezes Cordeiro dans son évaluation des doctrines institutionnalistes communautaires de la dogmatique allemande, « on ne vérifie pas dans la relation de travail quelque une des significations que le mot communauté peut prendre²⁶⁵ ».

D'un point de vue sociologique, le manque de communion est mis en évidence par le climat de lutte sociale qu'on ne peut pas manquer de reconnaître comme étant sous-jacent à toute évolution du droit du travail²⁶⁶. D'un point de vue juridique, difficilement on pourra parler de communion quand on vérifie une opposition si forte parmi les principaux intérêts de chaque partie : le principal intérêt du travailleur à gagner

²⁶³ Cordeiro, dans *Da situação jurídica laboral*, 141.

²⁶⁴ En ce sens, Gérard Lyon-Caen, "Défense et illustration du contrat de travail," *Arch. Ph. Dr.*, 13 (1968) : 65, considère un paradoxe le fait d'affirmer le personnalisme des relations de travail à un moment où les grandes entreprises imposent de plus en plus la dépersonnalisation de ces propres relations de travail.

²⁶⁵ Cordeiro, *Da situação jurídica laboral*, 113.

²⁶⁶ En ce sens, c'est la critique de Pierre-Dominique Ollier, "Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail," *Droit Social*, 9-10 (1967) : 503, qui stipule que l'application du concept d'institution à l'entreprise démontre l'absence de connaissance de la réalité des affaires, celle qui est une réalité d'antagonismes et pas de coopération entre le titulaire et les bénéficiaires des pouvoirs de travail.

un salaire toujours plus élevé et celui de l'employeur d'augmenter ses profits ou de satisfaire à ses propres besoins²⁶⁷.

L'affirmation de l'intérêt de l'entreprise comme un intérêt commun pour l'employeur et le travailleur et l'examen de la relation de travail en tant qu'une relation personnelle correspondent donc à la négation explicite de la réalité sociale qui sous-tend la réglementation du travail et même une « contradiction systématique », puisque l'affirmation de la communion d'intérêts dans la relation de travail est, après tout, présentée dans le cadre d'un ensemble normatif établi en fonction de la divergence fondamentale des intérêts en cause²⁶⁸.

Donc, en raison de l'organisation hiérarchique même que l'institutionnalisme le postule, l'intérêt de l'entreprise n'est pas déterminé par l'ensemble de ses membres mais par le *Führer* – ce qui est, bien sûr, l'entrepreneur. Il est difficile de voir dans la pratique comment on peut différencier l'intérêt de l'entreprise de l'intérêt de l'entrepreneur quand c'est le chef d'entreprise lui-même qui l'exprime. Et l'artificialité de la distinction ne manque pas d'être vérifiée si les pouvoirs du travail sont exercés par des travailleurs dirigeants, managers ou administrateurs directeurs, car ces sujets agissent toujours en tant que représentants de l'employeur. Dans cette situation, l'avantage de l'objectivité et de la plus grande facilité de contrôle de la légalité des pouvoirs de travail montrée par les défenseurs de l'institutionnalisme révèle une signification de pratique douteuse. Vu que les conceptions institutionnalistes se distancent de la réalité, des conceptions contractualistes ont gagné en force. Contrairement aux précédentes, les nouvelles conceptions contractualistes ont proposées une solution ancrée dans un contrat réglé par des principes différents de ceux des contrats de droit civil : le contrat de travail.

§ 2^o Les conceptions contractualistes

Avec la reconnaissance de l'insuffisance des institutions civiles pour résoudre le problème de l'encadrement juridique des pouvoirs découlant de la relation de travail subordonné et les problèmes intrinsèques à la solution proposée par les courants institutionnalistes, un autre courant de pensée, qui à l'époque a également contribué à la

²⁶⁷ On ne vérifie donc aucun partage des bénéfices entre les parties, comme dans une relation associative. En ce sens, par exemple, c'est la critique de Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, 66.

²⁶⁸ Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 42.

tendance croissante d'affirmation d'autonomie dogmatique du droit du travail, a gagné en force. Insistant sur la nature contractuelle de la relation entre l'employé et l'employeur, il est devenue célèbre comme *contractualisme*.

Cette doctrine ne vaut pas des concepts d'*entreprise* et/ou d'*institution*, mais elle favorise la construction théorique d'un *contrat autonome par rapport au droit civil* – le contrat de travail –, dont les propres éléments conceptuels, sans rapport avec la systématique des autres affaires juridiques de droit privé, en même temps qu'elles auraient acquis la maîtrise de séparer le droit du travail en tant qu'une branche autonome, donneraient une solution à la problématique de pouvoirs dans la relation de travail²⁶⁹. On finit, naturellement, par conséquent, en se référant à certains concepts du cadre obligationnel - comme, par exemple, l'objet contractuel défini de façon continue, la résolution du contrat à défaut, et l'action d'indemnisation pour des pertes causées et la clause pénale - qui, certainement facilitent, de façon flagrante, leur conception et le contrat apparaît finalement « moins comme un instrument d'exploitation que de protection » du salarié²⁷⁰.

En se référant ainsi aux éléments essentiels des contrats (par exemple, le consentement, la capacité, le contenu, la forme), la doctrine contractualiste affirme que la légitimité juridique du pouvoir est dans un nouvel élément, caractéristique du contrat de

²⁶⁹ C'est en illustrant du début de la construction théorique du contractualisme le texte du juriste français Paul Cuhe dans la revue critique de législation et de jurisprudence de 1913 appelé *du rapport de dépendance, élément constitutif du droit du travail*. Le travail de l'auteur a été l'un des pionniers à considérer le contrat de travail comme un *contrat autonome* de droit civil avec ses propres caractéristiques, parmi lesquelles se distingue la dépendance économique ou la subordination de celui qui fournit le travail face à celui qui le paie. « Il faut avouer que les économistes ont joué un bien mauvais tour aux jurisconsultes, quand ils ont réussi à mettre en usage dans la langue juridique l'expression « contrat de travail », complètement ignorée des rédacteurs du Code civil et même de toutes les législatures et tous les législateurs du dix-neuvième siècle. Malgré son évidente impropriété, rappelant, au dire de quelques juristes, l'habituelle imprécision du vocabulaire économique, il a fallu l'accepter, la définir, en un mot faire sa place au contrat de travail dans les catégories de notre droit positif ». Ainsi, l'auteur est susceptible de conceptualiser le contrat de travail, couvrant les grandes lignes du droit du travail français. Il y aura donc un contrat de travail « chaque fois que l'exécution du travail, quel que soit le mode de sa rémunération, met celui qui le fournit dans une relation de dépendance économique ou de subordination en face de celui qui le paie ». Paul Cuhe, "Rapport de dépendance, élément constitutif du droit du travail," *RCLG*, 1 (1913) : 412.

²⁷⁰ Dans ce sens, Jammaud, pour qui « grâce à « l'analyse contractuelle » [qui] fournit, à travers la possible invocation de principes civilistes comme la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle, un moyen de résistance au salarié », le contrat apparaît finalement « moins comme un instrument d'exploitation que de protection » du salarié. A. Jammaud, "La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français," in *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Nestor de Buen Lozano*, (Ciudad del Mexico : Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2003). En sens contraire, Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 344. Lors de l'évaluation de l'utilisation des instituts de droit des obligations dans l'application des sanctions de travail, le juriste espagnol les considère inefficaces, non seulement par le manque de pertinence qu'ils révèlent (dans la plupart des cas, l'infraction n'est pas suffisamment grave pour justifier la résiliation du contrat et ne provoque pas de pertes remboursables), mais aussi par la lenteur qu'ils apportent et la fréquence de leur impraticabilité – à savoir le manque de revenu des travailleurs.

travail : la *subordination juridique*²⁷¹ ou le *lien de subordination*²⁷². Autrement dit, la méthodologie adoptée par les contractualistes est donc la suivante : la question sur le fondement du pouvoir est toujours liée à la question sur la raison de la position globale de *dépendance* ou *subordination* du travailleur qui est caractéristique d'un contrat de travail : en expliquant le fondement de la subordination juridique, le fondement des pouvoirs de l'employeur, qui lui correspondent, est automatiquement expliqué. Mais quelle serait la subordination juridique ?

Vu que la capacité d'influence de l'employeur préexiste et dont le propre est précisément de n'être juridiquement fondée sur aucune norme, contrat ou autre, mais de résulter de faits²⁷³, le travailleur, en acceptant les termes du contrat, accepte également de se mettre dans une situation d'« infériorité de négociation²⁷⁴ », ce qui justifie non seulement le pouvoir de diriger mais le pouvoir de surveiller et de punir lorsque les directives de la contrepartie ne sont pas respectées par le débiteur²⁷⁵. Compte tenu de

²⁷¹ On dit dans la doctrine brésilienne que la subordination est « juridique », car elle découle du contrat. La doctrine distingue donc une subordination technique, sociale ou personnelle – c'est-à-dire, la subordination découlant des faits. Elle est « juridique » car elle découlerait du contrat de travail. En ce sens, Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 377.

²⁷² En France, c'était la jurisprudence de la Cour de Cassation qui a développé cette notion, appelée « lien de subordination » comme étant caractérisé par « l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. » Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ., V, n° 386; pourvoi n° 94-13187.

²⁷³ En ce sens se prononce Adéodat Boissard, *Contrat de travail et salariat: introduction philosophique, économique et juridique à l'étude des conventions relatives au travail dans les régime du salariat* (Paris: Bloud & C. Éditeurs, 1910), 70 et suiv., en considérant le droit de l'employeur au sujet de l'entreprise et la correspondante soumission du travailleur comme un impératif pratique découlant de la forme contemporaine d'organisation du travail et de la complexité technique et organisationnelle de l'industrie, une déclaration qui se répète par la dernière doctrine française. En ce sens, on mentionne Bernard Teyssié, "L'interlocuteur des salariés," *Droit Social*, 1 (1982): 41, qui souligne l'indispensabilité du pouvoir de direction, dont la disparition reviendrait à l'entreprise elle-même à la dégradation. Dockès va dans le même sens : « le fait du pouvoir est premier. Les employeurs n'ont pas attendu l'autorisation de la loi ou du contrat pour commander leurs salariés » E. Dockès, *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier* (Paris : Dalloz, 2004), 206. Dans la même veine est la doctrine espagnole. Pour J. L. Gil y Gil, le rapport de pouvoir qui se produit entre l'employeur et les travailleurs découle d'une relation avec hétéronomie dont le pivot est l'ordre constitutionnel et le centre de charge de l'entreprise, considérée comme une institution sociale et le résultat d'une forme de production historiquement fixe, une institution qui « a besoin pour des exigences fonctionnelles, d'ordre et de hiérarchie ». Cette exigence fonctionnelle arrive à l'attribution de pouvoirs d'organisation et vers la figure du capitaliste. José Luis Gil y Gil, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa* (Madrid : Ministerio de Justicia, 1993), 54. En Italie, voir Expression utilisée par Alfredo Contieri, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego* (Napoli : Scientifiche Italiane, 1984), 43 et s.

²⁷⁴ Expression utilisée par Contieri, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, 45.

²⁷⁵ Pour certains, la subordination juridique résulte de la nature de l'objet du contrat de la part du travailleur – à savoir, l'*activité du travail*. En revêtant la provision du travailleur d'un *contenu relativement indéterminé*, une position de suprématie du créancier est nécessaire pour garantir que, dans l'accomplissement de ses obligations contractuelles, l'employé adapte son comportement aux intérêts de la contrepartie – c'est la justification du pouvoir de direction et, en l'absence de cette adéquation, on génère une situation de non-conformité, ce qui exige la réaction du créancier – c'est la raison d'être du pouvoir

cette *situation de dettes complexe*, le pouvoir de diriger le travail apparaît comme résultat de subordination et les pouvoirs de surveiller l'activité des employées et de les appliquer des punitions comme une façon d'éviter et de surmonter l'inefficacité des moyens communs d'opération de la responsabilité contractuelle du débiteur²⁷⁶ et s'incorporent dans une position de protection continue de ces devoirs, qui s'incorpore dans le rapport principal d'échange²⁷⁷.

En revanche, cette position de subordination est cantonnée aux temps et au lieu de l'exécution de la prestation de travail. Sujet soumis dans l'entreprise, le salarié recouvre son entière liberté hors de celle-ci. C'est-à-dire, l'employeur ne commande pas en tant que chef ou hiérarque mais comme un créancier ; l'employé doit obéir non pas comme inférieur, mais parce que, à partir du moment où il a librement signé le contrat, il a promis d'obéir. Le contrat de travail donc ne reconnaît qu'une position de suprématie du créancier mais de même il refuse un *caractère personnel* de cette relation de pouvoir²⁷⁸.

disciplinaire et du pouvoir de surveillance. D'après l'expression de Pessi, par exemple, le pouvoir directif est la voie de la spécification par le créancier de l'objet de la prestation à développer d'une forme subordonnée. Roberto Pessi, "Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970," *Riv. Lav.*, 300, (1973) : 59. En se référant également à l'indétermination de la fourniture de travail en tant que source de la position d'autorité de l'employeur, Ollier, *Le droit du travail*, 97. D'autres auteurs justifient la subordination juridique comme une « position subjective stable d'origine conventionnelle » déterminée par les caractéristiques même du contrat et les droits et obligations qui en émergent : le contrat fait suite au binôme activité de travail-rétribution, mais la subordination du fournisseur détermine une extension de sa responsabilité contractuelle, non seulement pour la reconnaissance de la possibilité de déterminer la forme de conformité de la fourniture exclusivement par la contrepartie mais aussi par la recevabilité de l'imposition de droits non liés à la prestation principale. On mentionne Montuschi, qui pointe comme argument supplémentaire en ce sens la définition juridique même du travailleur dans le code civil italien : la notion de travailleur subalterne est déterminée par la signature d'un contrat de travail (art. 2094). Luigi Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, (Milano : A. Giuffrè, 1973), 16 et suiv. et 149 et suiv.

²⁷⁶ Avec lesquels ne s'identifie pas non seulement par la plus grande gamme de situations de non-conformité mais par la fonction préventive des sanctions qui le pressent et, en général, pour toute la discipline propre qu'on lui reconnaît et qui tend à l'approcher beaucoup plus de la structure d'un pouvoir punitif public. Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 136 et suiv.

²⁷⁷ Il est unanimement considéré qu'un accord de volonté initial est nécessaire à la formation régulière du rapport de travail salarié. Supiot, *Critique du droit du travail*, 28. En ce sens par exemple, G. Lyon-Caen, qui souligne que le consentement du salarié à la conclusion du contrat « n'est pas fictif. Il faut seulement que la jurisprudence sache parfois dire que le salarié n'a pas pu - ou voulu - consentir à certaines dispositions prises par l'employeur » G. Lyon-Caen, "Défense et illustration du contrat de travail," *Archives de philosophiques du droit*, 13 (1968) : 59. De même, Michel Despax, qui situe dans le contrat de travail la source du pouvoir de l'employeur. Le contrat de travail, d'après lui, se caractérise par l'existence d'un lien de subordination qu'irradie l'effet de donner au contenu de l'obligation des parties une large marge d'indétermination. On peut donc admettre légitimement que certaines variations dans les respectives conditions des parties puissent se produire pendant l'exécution du contrat sans que le contrat lui-même ne soit affecté par eux. Michel Despax, *L'entreprise et le droit* (Paris : LGDJ, 1957), 226.

²⁷⁸ Dans ce sens, Savino, *Il lavoro nei rapporti di diritto privato*, 47. Basant également la subordination juridique de l'employé dans l'indétermination de la prestation de travail, qui lui dénie tout caractère personnel, en se référant, d'ailleurs, à la non-nécessité d'un accord exprès du travailleur à sa reconnaissance,

Ainsi, c'est exactement du fait de nier un lien personnel que les orientations contractualistes diffèrent des institutionnalistes : dans les conceptions institutionnalistes, comme le rappelle Supiot, « lorsque la relation de travail est conçue comme un lien personnel, la dépendance qu'elle engendre ne peut être située dans le temps et dans l'espace, elle marque la personne même du salarié qui est tenu toujours et partout d'un devoir de loyauté et de fidélité vis-à-vis de son employeur. Mais cette dépendance de la personne trouve alors ses limites dans les devoirs statutaires de l'employeur : ce sont ces devoirs qui, bornant le pouvoir patronal, dessinent en creux l'aire d'autonomie individuelle du salarié. Au contraire, dans une conception purement contractuelle, la distribution de la subordination et de la liberté s'identifie avec les portes de l'entreprise sur lesquelles pourrait s'inscrire à peine modifié le vers de Dante : « *Lasciate ogne libertà, voi ch'intrate...* »²⁷⁹ ».

Afin de rester cohérente, la conception contractualiste a dû donc opérer une sorte de mutation de la notion contractuelle civiliste, en incorporant une protection à des aspects extra-patrimoniaux liés à la figure de l'employé, imposant des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur²⁸⁰, de manière à préserver les principes fondamentaux du droit privé²⁸¹. Ainsi, le point fondamental de cette compréhension contractualiste est dans l'affirmation du pouvoir comme une faculté attribuée à l'employeur directement par le contrat de travail et, dans cette mesure, *objet d'acceptation du travailleur destinataire* : l'existence d'une position de suprématie contractuelle de l'employeur (sous les termes de laquelle il exerce ses pouvoirs) est reconnue, mais la non-conformité de cette situation avec le *principe de l'égalité des parties* dans le domaine privé est dépassée par l'exigence de l'*accord* du travailleur, exprimé dans le contrat dans la mesure où il y a aussi des

une fois que l'acceptation de l'accord implique nécessairement l'acceptation des usages et des normes qui régissent et prévoient cette suprématie.

²⁷⁹ Supiot, *Critique du droit du travail*, 15.

²⁸⁰ Comme le note Lagarde, « le contrat, initialement conçu comme l'instrument propre à légitimer le pouvoir patronal, devient [...] l'outil idéal en vue de le limiter » Lagarde, "Aspects civilistes des relations individuelles de travail," *RTD civ.*, 3, (2002) : 435.

²⁸¹ « Mais on ne peut non plus perdre de vue que ce maintien de l'analyse contractuelle n'a été possible qu'au prix d'une mutation complète de la vieille notion de louage de services : l'analyse contractuelle du rapport du travail n'a pu survivre dans les différents systèmes juridiques européens qu'en incorporant certains aspects de la conception institutionnaliste, et tout d'abord la reconnaissance de la dimension personnelle de l'engagement du travailleur. C'est la notion de contrat de travail qui a servi à faire entrer dans le cadre d'un rapport d'échange les valeurs extra-patrimoniaux attachées à la personne du travailleur. [...] Il est possible de conclure sur ce point que, dans tous les pays d'Europe c'est le contrat qui a servi de cadre à la définition juridique de la relation de travail, mais que ce maintien du cadre contractuel n'a été possible qu'au prix d'une absorption par le contrat d'un statut du travailleur salarié, statut qui se trouve défini à des degrés divers par la loi, la jurisprudence, la convention collective ou les usages. » Supiot, *Critique du droit du travail*, 43.

limites imposées par le droit à l'exercice de ces pouvoirs. Ainsi, quelle que soit la nature de la subordination juridique découlant du contrat de travail, pour qu'elle dépasse la problématique des pouvoirs de l'employeur, elle finit par devoir trouver *des limites légales* et jurisprudentielles²⁸².

La technique du droit du travail s'est ainsi développée à travers la création du contrat de travail, lequel, d'un côté, légitime les pouvoirs de l'employeur, les reconnaissant comme fait pré-juridique, puisque ce contrat se caractérise par un lien de subordination, lequel est objet d'acceptation de l'employé tant au point de vue du début de la relation contractuelle qu'au cours de son développement, attirant vers soi un devoir d'obéissance, qui cependant, n'étant pas l'objet d'une subordination personnelle, mais contractuelle (c'est pourquoi elle est qualifiée comme *juridique*), ce devoir se limite seulement aux stricts domaines contractuels. De l'autre, pour garantir que la subordination de l'employé- et l'exercice des pouvoirs par l'employeur- ne dépasse pas les limites de ce propre contrat- et des autres sources du droit du travail- on impose des restrictions à l'exercice des pouvoirs de l'employeur, lui créant de nombreuses obligations patrimoniaux et extrapatrimoniaux attachées à la personne du travailleur. L'application de la technique du droit du travail dans les droits interne des pays européen, c'est-à-dire, le rapport reconnaissance/limitation, concernent les pouvoirs de l'employeur dans les sources juridiques de chaque pays, varient au fil du temps et des systèmes juridiques, constituant un objet fructueux d'analyse afin de déterminer son contenu et ses caractéristiques.

Section II : L'application de la technique

Si la conception personnelle et communautaire de la relation de travail n'est pas retenue comme technique juridique de définition du travail salarié, ce rôle étant joué

²⁸² « Cette notion de contrat de travail n'a pas fait disparaître l'élément personnel et statutaire dont la conception germanique était porteuse. Bien, c'est par cette assimilation que le contrat de travail, par opposition à l'éthique du contrat de louage de services, est devenu la forme juridique obèse que nous connaissons aujourd'hui, surchargé de droits légiféré, conventionnel et jurisprudentiel. En somme, en englobant son contraire, le contrat de travail a opéré la synthèse de ce que les juristes ont perçu jusqu'au milieu de ce siècle comme une antithèse, la synthèse des conceptions romaniste et germanique du rapport de travail. Sans doute cette synthèse n'est-elle ni stable, ni uniforme, elle n'a pas été opérée de la même manière selon les pays. Mais elle se retrouve à l'œuvre dans chacun d'entre eux » Supiot, *Critique du droit du travail*, 29.

par le contrat, elle irrigue en revanche le contenu donné à ce contrat. En effet, le contenu et les caractéristiques de la subordination ont varié au fil du temps et trouvent des particularités dans chaque système juridique lors de son application. Quelques-unes de ces particularités dans l'application de la technique du droit du travail ont été souvent obscurcies par les références historiques et idéologiques qui s'attachent à l'une et à l'autre de ces manières de voir. La technique du droit du travail a des ressources, donc, pour s'ajuster, de manière à favoriser le régime politique- démocratique ou totalitaire- dans lequel elle est insérée.

Au début du XX^{ème} siècle, il y eut une grande influence des conceptions autoritaires fascistes²⁸³ dans la construction du droit du travail de certains pays européens, notamment dans les droits espagnol, italien et portugais, lesquels possèdent encore aujourd'hui des vestiges du corporatisme dans leur droit du travail²⁸⁴. Dans ce contexte, on observe une transition, en particulier après la Seconde Guerre Mondiale comme résultat d'un processus de redémocratisation²⁸⁵, dans la compréhension de la

²⁸³ Selon Faro, « Le fascisme a la volonté de représenter une troisième voie, dépassant le capitalisme libéral et combattant le communisme. Il s'agit du corporatisme. Dans un discours devant la Chambre, le 15 juillet 1923, Mussolini avait indiqué qu'il souhaitait créer un nouveau ministère censé représenter les « masses ouvrières organisées. » Le 2 juillet 1926, le ministère des Corporations est institué avec comme premier titulaire Mussolini lui-même, poste qu'il reprendra en mains en juillet 1932, après l'avoir confié à Giuseppe Bottai en septembre 1929. » Le corporatisme donc est une doctrine socio-économique favorable à l'existence d'organisations (les *corporations*) regroupant les acteurs d'une même profession, qu'ils soient salariés ou employeurs. Il propose d'en faire des organismes incontournables de consultation pour les pouvoirs publics. Dans le corporativisme, « l'État reste l'arbitre suprême entre les organisations patronales et les syndicats fascistes. Il respecte les intérêts privés mais veille à ce que ceux-ci ne soient pas des obstacles au projet totalitaire et que les forces économiques et sociales soient sous le contrôle de l'État. Le système corporatif souhaite ainsi encadrer le monde du travail et servir d'intermédiaire entre ce dernier et les forces patronales, dans le contexte d'une économie de plus en plus dirigiste. Le 4 octobre 1934, lors d'un discours devant des ouvriers milanais, le Duce présente l'expérience corporative comme ayant permis l'incorporation du monde ouvrier dans la révolution fasciste. En fait, le corporatisme est, en théorie, une organisation nouvelle vis-à-vis du libéralisme et du communisme. Mais, dans les faits, il devient une coquille vide. Il ne peut être un lieu de coopération de classes, comme le souhaite le régime, car il n'a pas la capacité d'être un lieu de débats. Le totalitarisme fasciste ne le tolère pas. Le corporatisme est un moyen de contrôler le monde du travail — tout particulièrement ouvrier — mais aussi de signifier aux grands représentants du capitalisme italien que le primat du politique sur les intérêts économiques est l'objectif du régime. » Faro, *L'Italie Fasciste*, 31. Sur le corporatisme et le syndicalisme fasciste citons, parmi les ouvrages en français, Giuseppe Bottai, *L'organisation corporative de l'État* (Paris : Social éditions, 1929) ; Bruno Buozzi et Vincenzo Nitti, *Fascisme et syndicalisme* (Paris : Valois, 1930) ; Louis Rosenstock Franck, *L'économie corporative fasciste en doctrine et en fait. Ses origines historiques et son évolution* (Paris : J. Gamber, 1934) ; Maurice Prélot, *L'empire fasciste : les origines, les tendances et les institutions de la dictature et du corporatisme italiens* (Paris : Recueil Sirey, 1936).

²⁸⁴ Sergio Fernandez Riquelme, "Corporativismo y relaciones laborales en España: una historia de la organización del trabajo como sistema de Política Social," *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 29, (2011) : 157-175.

²⁸⁵ On adopte la classification de Guillermo O'Donnell et J. Samuel Valenzuela, *Issues in democratic consolidation : the new South American democracies in comparative perspective*, (Cambridge : Cambridge University Press, 1992), 18 : « Il est utile de concevoir le processus de démocratisation comme un processus impliquant deux transitions. La première est la transition du régime autoritaire antérieur pour l'installation

subordination, allant d'une conception qui considère qu'il existe une situation de sujétion personnelle du travailleur à l'employeur dans laquelle on reconnaît une domination personnelle sur le salarié²⁸⁶, vers une conception contractualiste²⁸⁷.

Au Brésil, le droit du travail, conçu dans une période politique fasciste, fortement influencée par les conceptions communautaires, est aussi passé par cette évolution dogmatique. Malgré cela, comme pour la plupart des pays d'Amérique Latine, la transition démocratique brésilienne se trouve encore en phase de consolidation, ce qui place le pays dans une situation particulière quant à l'application de la technique du droit du travail dans son droit interne. Ainsi, même si chacun est marqué par ses particularités, la réglementation du travail subordonné sera toujours liée à la même technique : celle de reconnaître et de limiter le pouvoir de l'employeur. Il serait important pour consolider l'analyse de la technique du droit du travail de faire un tour d'horizon de son application c'est-à-dire, de faire une analyse du système de normes ayant comme but l'imposition de limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur reconnu par le contrat de travail, dans les pays européens (§ 1^o- *Reconnaissance et limitation des pouvoirs de l'employeur dans les pays latins*), pour ensuite aborder son application dans le droit brésilien (§ 2^o- *La technique du droit du travail dans le droit brésilien*).

§ 1^o Reconnaissance et limitation des pouvoirs de l'employeur dans les pays latins

d'un Gouvernement démocratique. La deuxième transition est de ce gouvernement vers une consolidation démocratique, ou, en d'autres termes, vers une validité effective du régime démocratique. » Dans ce sens, on soutient que, même si la première étape du processus de démocratisation a déjà été atteinte - la transition du régime autoritaire vers l'installation d'un régime démocratique- la deuxième phase, autrement dit, la réelle consolidation du régime démocratique est encore en voie de concrétisation. »

²⁸⁶ Ce qui a permis le développement du concept de la relation de travail en tant que relation personnelle, avec le déplacement des principaux devoirs des parties du binôme travail/compensation pour le binôme devoir de loyauté/devoir d'assistance, et cette conception a été conduite aux conséquences ultimes avec l'avènement du socialisme national. Dans ce sens, Supiot, *Critique du Droit du Travail*, 17.

²⁸⁷ « Il y aura donc toujours une tension, un équilibre plus ou moins stable dans la définition du rapport de travail salarié, entre d'une part l'idée d'échange de travail contre de l'argent, qui renvoie aux catégories de pensée du droit des obligations, et d'autre part l'idée de subordination de la personne, qui renvoie aux catégories de pensée du droit des personnes. » Supiot, *Critique du Droit du Travail*, 17.

Dans les pays latins (France, Italie, Espagne et Portugal), les sources de droit du travail²⁸⁸ sont organisées pour répondre à la demande de la technique de cette branche du droit. Malgré leurs particularités, chacun de ces droits internes confère à la relation de travail un caractère contractuel à travers le contrat de travail, qui octroie légitimité et reconnaissance aux pouvoirs de l'employeur (A) et, en même temps, limite leur exercice (B).

A. La légitimation de l'exercice du pouvoir de l'employeur

À l'heure actuelle, l'Italie, le Portugal et l'Espagne reconnaissent expressément dans leur législation des pouvoirs spéciaux inhérents à l'employeur dans les relations de travail. Dans le droit du travail italien les pouvoirs de l'employeur sont énoncés dans le Code Civil, en conceptualisant la figure de l'employé (*prestatore di lavoro subordinato*) - dans l'article 2094 comme quelques-uns « qui sont obligés, par rémunération, à collaborer avec l'entreprise, en plaçant leur propre travail intellectuel ou manuel sous la *dépendance* et la direction de l'employeur » - ; et celle de l'employeur (*imprettore*) - dans l'article 2086 : « L'employeur est le chef de l'entreprise et ses employés *en dépendent hiérarchiquement* ». Ainsi, des concepts tels que direction, dépendance et hiérarchie définissent la réalité du travail subordonné, en particulier, par opposition au travail indépendant, que l'article 2222 expressément définit par l'absence d'un *vincolo di subordinazione*²⁸⁹. Le code civil italien de 1942 traduit ainsi une tentative

²⁸⁸ Certains auteurs distinguent source *du* droit et source *de* droit. La notion de source *de* droit dessine des contours plus larges ; cette source intervient dans la formation du droit sans pour autant revêtir tous les aspects traditionnellement reconnus à la source *du* droit, à savoir le caractère général et obligatoire. C'est le cas de C. Thibierge, *Sources du droit, sources de droit : une cartographie : Libres Propos sur les sources du droit* (Paris, Dalloz, 2006), 519-546. Sans être une source *du* droit, la doctrine se classe dans le groupe des sources *de* droit, dans la mesure où elle contribue à la formation du droit, par exemple en *proposant* des interprétations du droit positif et en *suggérant* l'adoption de nouvelles règles de droit. Dans ce sens, Stefan Goltzberg, *Les sources du droit* (Paris : Presses Universitaires de France, 2016).

²⁸⁹ « Quand une personne est obligée de rendre en contrepartie un travail ou un service avec son travail ». L'article 2106 se présente en déterminant la soumission du travailleur à des mesures disciplinaires en cas de désobéissance aux obligations de diligence dans le respect des dispositions du travail (art. 2104 § 1^{er}) et de loyauté (au sens strict de l'obligation de confidentialité et de non-concurrence – art. 2105) et aussi en cas de désobéissance aux ordres de l'employeur (ou du travailleur supérieur) pour la mise en œuvre de l'offre de travail et de la discipline du travail (art. 2104 § 2^e). En outre, l'article 7^e du *Statuto Del Lavoratori* établit le règlement des questions disciplinaires dans le contrat de travail en énonçant des principes tels que la publicité des dispositions disciplinaires et de la possibilité de recours juridictionnel de la peine imposée,

de déplacement de l'analyse de la relation de travail du contrat vers le statut. Ce n'est pas en effet le contrat de travail qui s'y trouve défini ; c'est le travailleur.

En Espagne, à l'heure actuelle, le texte en vigueur sur le sujet est l'*Estatuto de los Trabajadores* de 1980, qui fait également référence expresse aux pouvoirs spéciaux de l'employeur, cette fois-ci pour définir le champ d'application de cette loi, qui est pour ceux qui « fournissent volontairement leurs services réciproques pour le compte d'autres personnes et dans le cadre de l'organisation et de direction d'une autre personne ou entité nommées employeurs ou entrepreneurs²⁹⁰ ». La soumission du travailleur à l'organisation et direction de la contrepartie est configurée de cette manière comme un élément essentiel de délimitation de la relation de travail à côté de la volonté et de la rémunération par la prestation. Le statut contractuel de la relation de travail est réalisé sous la forme de son insertion dans le contrat d'*arrendamiento* du Titre IV du Livre IV du Code Civil espagnol. L'*arrendamiento* est entendu en termes très généraux et peut avoir comme objet des choses, des travaux ou des services²⁹¹. L'article 1.544²⁹² du code délimite le contrat dans une modalité de « bail de travail » ou un service soumis à la réglementation dans le Chapitre III. Parmi les différentes modalités de « bail de travaux et services » autorisés par la loi espagnole, on distingue l'*arrendamiento del servicio de criados y trabajadores asalariados*²⁹³.

Dans le droit portugais, les pouvoirs de l'employeur sont exprimés comme des éléments conceptuels du contrat de travail par l'article 11 du Code du Travail de 2009 : le contrat de travail est « celui par lequel une personne physique est obligée, contre paiement, de fournir son activité à une autre ou à d'autres, au sein d'une organisation, et sous l'autorité de celles-là ». Dans un seul dispositif, par conséquent, la loi portugaise affirme en même temps les pouvoirs de l'employeur et la nature contractuelle de la relation entre les deux.

Dans le droit français il y a aussi la reconnaissance par la loi des pouvoirs spéciaux envers l'employeur dans le contrat de travail ; toutefois, seulement de manière implicite, c'est-à-dire, elle n'est pas exprimée de forme directe dans la loi. En France, le Code du Travail ne se réfère pas aux pouvoirs de l'employeur en définissant les sujets de

consacrant la mise en droit de la défense du travailleur et des limites au contenu des sanctions et aussi des règles de prescription dans le droit de sanction.

²⁹⁰ Article 1^{er}.

²⁹¹ Article 1.542 « Le bail peut être de choses ou travaux ou services ».

²⁹² Dans le louage de travaux ou de services, une partie accepte d'effectuer un travail ou de rendre à l'autre un service pour un certain prix. Supiot, *Critique du droit du travail*, 31.

²⁹³ Article 1.583 et suivants du Code Civil.

cette relation ni en réglementant la figure du contrat de travail. Toutefois, la reconnaissance des pouvoirs spéciaux de l'employeur est dérivée des dispositions dispersées dans les textes légaux, par exemple, par le fait d'obliger que les entreprises de plus de vingt salariés aient un règlement intérieur²⁹⁴ dans lequel il est obligatoire qu'il y ait des règles générales et permanentes relatives à la discipline et à la liste des sanctions disciplinaires que l'employeur peut appliquer²⁹⁵. Dans ce pays, la jurisprudence finit par prendre un rôle de premier plan dans l'affirmation de l'existence de ces pouvoirs dans l'ordre juridique. C'est donc la jurisprudence qui reconnaîtra et conceptualisera le *lien de subordination*²⁹⁶ et délimiterait son extension²⁹⁷, ce qui sera l'objet d'une analyse plus profonde dans la doctrine²⁹⁸. La nature contractuelle de la relation entre l'employé et l'employeur est prévue dans le Code civil, étant le contrat de travail encadré dans la figure la plus large de contrat de louage (art. 1709 du CC²⁹⁹) dans la modalité « louage de services » (art. 1711 du CC³⁰⁰) ; et l'article 1780 se réfère expressément au louage du travail domestique ou d'ouvriers, ce qui le distingue des autres modalités de travail, bien que sans réglementation³⁰¹.

²⁹⁴ Article L1311-2 (modifié par la loi numéro 2012-387 du 22 mars 2012 – art. 42) : « La mise en place d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou les établissements employant habituellement au moins vingt employés. »

²⁹⁵ Article L1321-1 « Le règlement interne est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement : [...] 3° Les règles générales et permanentes sur le sujet, en particulier en ce qui concerne la nature et le degré des sanctions auxquelles les employés sont soumis. » Nous pouvons citer aussi l'article L122-44 du Code du Travail, « aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ».

²⁹⁶ Dans l'arrêt Cass. civ. 2 12 février 2009 Cass. soc. 13 novembre 1996, par exemple, la Chambre Civile de la Cour de Cassation a développé le concept de subordination.

²⁹⁷ Voir l'arrêt Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13187, Bull. Civ. V, n° 386 ; GADT, 4e ed, 2008, dans lequel s'est affirmé que le pouvoir de l'employeur comporte la prérogative de « donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».

²⁹⁸ Voir, par exemple, G. Lyon-Caen qui parle de « pouvoirs multiformes » de l'employeur. G. Lyon-Caen, "Le pouvoir dans l'entreprise," in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, ed. J. Pélissier, (Paris : Dalloz, 2002). Voir aussi : E. Dockès, *Droit du Travail* (Paris : Dalloz, 2009), 81 : « l'employeur n'a fondamentalement qu'un pouvoir, le pouvoir de direction. Simplement ce pouvoir de direction peut être exercé, notamment, de manière réglementaire ou disciplinaire. »

²⁹⁹ Article 1709 (Créé par Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804) : Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

³⁰⁰ Article 1711(Créé par Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804). Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières : on appelle « bail à loyer », le louage des maisons et celui des meubles ; « bail à ferme », celui des héritages ruraux ; « loyer », le louage du travail ou du service ; « bail à cheptel », celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie. Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. Ces trois dernières espèces ont des règles particulières.

³⁰¹ Article 1780 (Créé par Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804) On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. Pour la fixation de l'indemnité

B. Les limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur

Dans les pays dont la législation montre une reconnaissance expresse du pouvoir de l'employeur, si c'est donc la loi qui impose au travailleur, à la condition d'avoir signé le contrat, la condition de subordination, elle impose aussi à l'employeur des limites à l'exercice de ses prérogatives contractuelles, en dehors desquelles il y aurait un abus de pouvoir. La loi délimite aussi, par conséquent, comment ce pouvoir – de diriger, surveiller et punir – peut être exercé, surmontant, par conséquent, la menace au principe de l'égalité du droit privé que ce pouvoir représente³⁰². La doctrine utilise normalement l'argument de l'extrait de la subordination juridique comme l'élément clé du contrat de travail à partir de la prévision légale de ce pouvoir³⁰³, en soulignant le rôle limité de l'autonomie de la volonté dans ce contrat, non seulement par l'existence de principes juridiques et conventionnels de nature convaincante, comme par la possibilité de détermination unilatérale par l'employeur d'aspects généraux du développement du contrat et en même temps par la complexité de l'objet contractuel, seulement dans une certaine partie³⁰⁴. C'est cette structure qui détermine la distinction juridique de deux

à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.

³⁰² A titre d'exemple de limitation de l'exercice du pouvoir de l'employeur par la loi parmi les pays qui reconnaissent explicitement dans la législation les pouvoirs de l'employeur, on cite le droit portugais. Le code du travail de 2009 présente un chapitre intitulé « de l'infraction contractuelle », dont la section III prend une résolution sur le choix des sanctions disciplinaires permises (art. 382°), prévoit et régit aussi un procédé disciplinaire (art. 392°), nous apporte des critères de décision et d'application des sanctions auxquelles l'employeur doit obéir (art. 329°), en dehors du fait de mettre en liste ce qu'il considère comme une sanction abusive (art. 331° et 329° 3), en dehors du fait de permettre une révision judiciaire de cette décision (art. 329° 7). On observe qu'il existe une tentative légale d'atténuer le pouvoir disciplinaire de l'employeur, dans la mesure où, comme celui-ci retire ses fondements du contrat de travail (un contrat privé), une amplitude de pouvoir qui ne serait pas atteinte pour le moins par ces limites légales se démarquerait de la logique de l'égalité et de l'autonomie de la volonté, les bases référentielles qui donnent sa propre cohérence au droit privé. Dans le même sens, nous pouvons aussi citer le droit italien. L'article 7° du *Statuto dei Lavoratori*, par exemple, établit la réglementation de la matière disciplinaire dans le contrat de travail, en énonçant des principes comme celui de la publicité des dispositions disciplinaires et celui de la possibilité d'un recours juridictionnel sur la sanction appliquée, en consacrant le droit de défense du travailleur et établissant des limites au contenu des sanctions, comme également des règles de prescription à l'intérieur du droit de sanctionner. Sur la limitation des pouvoirs de l'employeur par la voie législative dans le droit italien et dans le droit espagnol, voir : ver Martin, Philippe. "Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités," *Les cahiers Irice*, 11, (2014) : 37-52.

³⁰³ Carlo Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro* (Milano: A. Giuffrè, 1956), 116 et suiv. Melgar, *Derecho del Trabajo*, 376 et suiv.

³⁰⁴ Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, 116. Melgar, *Derecho del Trabajo*, 376.

niveaux dans le contrat : le niveau supra-structural se compose de préceptes dispositifs, alors que le niveau fondamental est impératif³⁰⁵. C'est à ce niveau fondamental que correspond la subordination juridique et, en son sein, la subordination au pouvoir de l'employeur, car l'absence de ceux-ci détermine la mauvaise caractérisation du contrat lui-même³⁰⁶. Selon cette conception, le contrat n'est pas la source directe du pouvoir mais plutôt le *moyen* (volontaire) pour déterminer l'application du *cadre juridique qui le consacre* et dont le caractère impératif est sa raison d'être. Dans ce contexte, le fondement du pouvoir de l'employeur est trouvé dans le contrat de travail mais l'accord du travailleur qui, de cette manière, permet la situation de suprématie de l'employeur, est possible seulement en raison de la prévision juridique du contrat par la loi : étant donné qu'il s'agit de droit privé, le législateur est la seule entité capable d'établir l'inégalité dans la position contractuelle des parties³⁰⁷. En appliquant la législation, la jurisprudence de ces pays reconnaît aussi, par là-même, l'existence de pouvoirs à l'employeur, en apportant sa contribution dans la délimitation de leur contenu et à la portée de l'interprétation de la terminologie des lois qui le règlementent délimitant aussi leurs limites³⁰⁸.

En France, il convient de souligner que la manque de mention expresse concernant les pouvoirs de l'employeur dans le domaine légal n'a pas entravé sa reconnaissance dans le contrat de travail par la doctrine et la jurisprudence, lesquelles font usage d'un facteur externe au contrat qui le conditionne dans son développement

³⁰⁵ Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, 116 et suiv. fait référence à une « ossature fondamentale et une sovrastruttura ». Melgar, *Derecho del Trabajo*, 376 et suiv.

³⁰⁶ En Italie, la doctrine a vu que la notion de travail subordonné est prévue dans le code civil sous la rubrique « direction et hiérarchie dans l'entreprise », indiquant que l'entrepreneur est le chef de la société et que ses employés dépendent de lui hiérarchiquement, la doctrine a développé la notion de « pouvoir hiérarchique ». Martin, Philippe. “Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités,” 42.

³⁰⁷ Faisant référence également à la nécessité de la volonté expresse du législateur pour l'attribution des pouvoirs de travail de l'employeur, Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 341 et 345. « La justification directe dans la loi s'impose par la vérification de l'impossibilité de, par simple contrat, la situation de subordination dans laquelle le travailleur se trouve pouvoir, par lui-même, donner lieu à un tel pouvoir si large que celui qu'a l'employeur du travail ». Dans le même sens, en droit italien, voir : Carlo Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, 76 et suiv. Il ajoute que, « une fois le contrat signé, le travailleur est soumis au pouvoir de travail « indépendamment ou contre sa volonté », car il s'agit d'un pouvoir créé par la loi. Ces auteurs considèrent que le pouvoir est déterminé par la signature volontaire du contrat de travail par le travailleur, mais l'accord contractuel ne signifie pas que l'employé « veuille » le pouvoir, dès lors qu'il est une conséquence nécessaire de l'entreprise, quelle que soit la volonté manifestée du travailleur-destinataire. Et cette inhérence du pouvoir à la relation de travail et au contrat découle précisément de sa création juridique par la voie de la loi. »

³⁰⁸ Pour une exposition de la contribution de la jurisprudence dans la reconnaissance des pouvoirs de l'employeur, voir, en droit italien, Sanseverino, *Del lavoro nell'impresa*, 149 et s. En droit portugais, Bernardo G. L. Xavier, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho anotado* (Coimbra : Atlântida, 1969), 34 et s. En droit espagnol, Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 342 et s. ; Olea, *Derecho del Trabajo*, 267 et s.

pour justifier de façon directe ou indirecte l'idée nucléaire de donner le pouvoir à l'employeur par le contrat de travail lui-même : les besoins économiques de l'entreprise³⁰⁹. Reconnaisant indirectement le pouvoir de l'employeur, le législateur aurait enfin admis une nécessité économique de combiner les différents facteurs de production et il est face à cet impératif (fait convaincant par le contrat) que l'employé doit obéir aux ordres de l'employeur et faire l'objet d'une supervision pour assurer la conformité et les sanctions en cas de non-conformité. Ainsi, le courant qui extrait le fondement du pouvoir de l'employeur de la *nécessité économique* attribue une position de pouvoir à l'employeur par le contrat par la nécessité d'organiser la prestation du travailleur dans le but d'une coordination avec d'autres prestations de travail dans l'entreprise – une organisation sans laquelle le résultat final de l'entreprise ne pourrait pas être atteint³¹⁰. L'explication de l'existence des pouvoirs de l'employeur par les besoins économiques de l'entreprise finit par être complétée par au moins un de ces trois arguments : celui de la *nature hiérarchique du pouvoir de l'employeur*³¹¹, qui serait déterminée avec précision par la nécessité de poursuivre l'objectif économique de l'entreprise ; le *droit de propriété*³¹² ou, au moins, celui de l'exercice du domaine de l'entrepreneur sur l'entreprise, qui se traduit par la reconnaissance des pouvoirs

³⁰⁹ De même, dans les pays où il y a une disposition expresse dans la loi reconnaissant les pouvoirs de l'employeur, on a parfois également recours à des facteurs externes au droit pour les justifier. En droit italien, par exemple, il est important de mentionner le concept de Vincenzo Cassi, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, (Milano : A. Giuffrè, 1961), 130 et suiv. Il propose ensuite que la subordination découlant du contrat de travail se trouve dans l'idée nucléaire d'*organisation*. « Lorsque le contrat est développé dans l'entreprise, la subordination est requise par la nécessité de poursuivre la fonction économique de l'entreprise et même pour assurer sa propre survie ; lorsque le contrat n'a pas une définition d'affaires, la subordination est encore justifiée par la nécessité de coordonner la forme d'exécution du travail par le créancier respectif. Dans n'importe lequel de ces cas, ne pas confondre le sens économique du concept d'organisation avec le concept d'institution, lorsqu'il est appliqué à l'entreprise. Ce qui est en cause est la coordination de la prestation du travailleur par le créancier compte tenu de sa combinaison avec d'autres prestations ou simplement pour la protection de la satisfaction des intérêts – l'élément d'affaires apparaît donc ici tout comme le siège du *développement des relations d'affaires* mais pas comme un substitut à la base contractuelle. » Très répandue aussi est la théorisation de Barassi, par exemple, dans *Elementi di diritto del lavoro*, 136. Voir aussi : Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 186 ; et Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 42. Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, (Madrid : Tecnos, 1988), 320 et Xavier, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho anotado*, 6-11.

³¹⁰ En ce sens est la position de Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 42.

³¹¹ En ce sens, par exemple, Danièle Loschak, *Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration*, 29.

³¹² Voir : Jean Savatier, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes," *Droit Social*, 1 (1982) : 1 et suiv. Pour l'auteur, « bien que l'application du concept classique de la propriété dans le contexte des affaires nécessite quelques modifications, puisqu'on n'est pas dans ce domaine en face d'une souveraineté pure sur des objets, mais face à un pouvoir complexe d'organisation et de direction, encore on maintient une large marge de « souveraineté » du droit, ce qui justifie le caractère discrétionnaire des pouvoirs qu'il détient. Dès qu'on l'exerce sur les personnes, la légitimité de ces pouvoirs résulte non seulement du droit de propriété, ainsi configuré, mais aussi du contrat de travail signé avec chacun des bénéficiaires de pouvoirs – et en ce sens l'auteur mentionne que « les deux piliers du pouvoir patronal sont donc la propriété et le contrat ».

nécessaires pour sa réalisation ; et le *risque de ne pas produire le résultat de la prestation*³¹³ – son incidence exclusive sur l’employé a une contrepartie de reconnaître une position de pouvoir de suprématie légitimant le pouvoir de commandement de contrôler et punir.

La combinaison de cette fondation d’affaires-économiques avec le contexte contractuel (le seul moyen d’établir une différenciation solide entre cette doctrine et les conceptions institutionnalistes) est donnée par l’idée suivant laquelle, en appartenant à l’employeur par sa caractéristique d’entrepreneur (dans l’expression de la doctrine française, il s’agit de quelque chose inhérent à la qualité de *chef d’entreprise*), ces pouvoirs sont acceptés par chaque travailleur avec la signature et le déroulement du contrat de travail³¹⁴ et sont toujours liés à chaque contrat individuel de travail et non à l’organisation d’affaires, dans laquelle on ne reconnaît jamais le rôle de source indépendante de situations juridiques du travail.

On ne peut pas manquer de mentionner que la base directe par des moyens non juridiques – qui se produit dans les pays dont la législation qui ne reconnaissent pas le pouvoir expressément – a aussi une condition : la loi limite l’exercice du pouvoir du travail (en le reconnaissant implicitement³¹⁵). C’est de cette disposition légale indirecte que la jurisprudence extrait la notion de subordination juridique³¹⁶ et c’est à cause de cela aussi qu’il a été possible d’effectuer une telle construction contractualiste en cherchant une base directe d’éléments non juridiques, mais une base indirecte en droit. S’il n’y avait pas de telles limites ici, il serait impossible de résoudre la problématique du pouvoir dans les relations de travail par la voie contractualiste. D’ailleurs, dans ce cas, la jurisprudence joue un rôle de premier plan en la matière, car elle se révèle dans la construction du

³¹³ On mentionne aussi le travail de Santoro-Passarelli, *Libertà e autorità nel diritto civile*, 253.

³¹⁴ Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, 21.

³¹⁵ En France, par exemple, le code du travail oblige les entreprises qui possèdent plus de vingt employés à avoir un règlement interne Article L1311-2 (modifié par la loi n. 2012-387 du 22 de mars 2012 – art. 42) dans lequel il doit y avoir obligatoirement des règles générales et permanentes en matière de discipline et la liste des sanctions disciplinaires que l’employeur peut appliquer (Art. L1321-1). Cela permet qu’il y ait une prévisibilité de ce que l’on considère une infraction et de ses conséquences pour chaque infraction. En outre, pour que l’employeur puisse appliquer directement une sanction, il est nécessaire d’obéir à un procédé, dont les bases générales sont prévues dans le code du travail (L1332-1 ; L-1332-2 ; L 1332-3 du Code du Travail), ce qui évite ainsi l’application de sanctions arbitraires, et sert d’une manière égale comme une forme d’atténuation du pouvoir disciplinaire de l’employeur. À la fin, cette prérogative qu’a l’employeur de punir peut-être contrôlée postérieurement par le juge, vu que le salarié sanctionné a la possibilité de contester la sanction disciplinaire devant le conseil des prud’hommes (arts. L. 1333-1 ; L. 1333-2 et L. 1333-3).

³¹⁶ Dans ce sens, parmi tous, Micheline Jamouille, *Le contrat de travail* (Liège : Faculté de droit, d’économie et de sciences sociales de Liège, 1982), 12.

concept de subordination³¹⁷, et délimite la notion de pouvoir de l'employeur³¹⁸, en plus du fait de situer la source du pouvoir de l'employeur dans le lien contractuel³¹⁹. Il convient de souligner que même dans les pays qui ont déjà dans la loi une disposition qui affirme expressément l'existence des pouvoirs envers l'employeur, la jurisprudence agit aussi dans la construction et la délimitation du concept de subordination.

De cette brève digression dans quelques textes légaux en matière de droit du travail, nous pouvons conclure que dans chacun d'eux le phénomène du pouvoir dans les rapports de travail semble être inhérent à la position de l'employeur dans le contrat de travail. Ce pouvoir est reconnu, par conséquent, que ce soit directement par la loi ou par la jurisprudence, ce qui prend soin de réguler le phénomène du pouvoir dans les termes de son exercice effectif, en le limitant³²⁰, donnant une hiérarchie spéciale aux normes du travail³²¹. Dans le domaine de la doctrine, le pouvoir de l'employeur est non seulement accepté comme nécessaire mais considéré comme quelque chose d'inhérent à la notion même de la relation de travail subordonné – et de contrat de travail³²². Ainsi, le souci de

³¹⁷ En droit français, par exemple, le lien de subordination auquel la jurisprudence se réfère est juridique : « La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique du dit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ». Cf. Cass. Soc., 6 Juillet 1931, 1, 131.

³¹⁸ Selon la jurisprudence française, le lien de subordination est caractérisé par le pouvoir de l'employeur « de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Cass. Soc., 13 Novembre 1966, Bull. Civ. 1996, V, n 386.

³¹⁹ Même s'il y a eu des changements à cet égard au fil du temps, aujourd'hui la jurisprudence française admet que « l'employeur tient de son pouvoir de direction, né du contrat, le droit d'évaluer le travail de ses salariés ». Cass. Soc., 10 juillet 2002, SS Lamy, n 1100, p. 18 ; Cour d'Appel de Grenoble, 13 Novembre 2002, Dr. Soc. 2003, p. 988 ; TGI Paris, 31 Mars 2006, RJS 2006, n 912.

³²⁰ Dans ce sens, Supiot, Critique du droit du travail, 32 : « La « clé de voûte » demeure par exemple la notion « d'ordre public social, » qui implique d'une part une hiérarchie des normes du travail, et d'autre part un principe de faveur pour les salariés, exclusif de toute dérogation contractuelle *in pejus* aux règles légales ou aux dispositions des conventions collectives. Le domaine de ces règles d'ordre public s'étend à presque tous les aspects de la relation de travail : la réglementation de l'hygiène et de la sécurité, la fixation des salaires, la limitation de la durée du travail, etc. La notion de contrat peut donc rester dans un tel système la pierre angulaire de la définition juridique de la relation de travail, puisque ce contrat « incorpore » en quelque manière une bonne partie du dispositif légal qui forme le droit du travail. Le contrat de travail acquiert ainsi cette vertu de doter le salarié d'un véritable « statut ». ».

³²¹ En France, la pensée du publiciste Maurice Hauriou concernant le « pouvoir hiérarchique » a beaucoup influencé leur droit du travail. Il définit la hiérarchie, dans les rapports de droit administratif, comme la superposition de degrés dans une organisation autoritaire où le titulaire de grade inférieur doit obéir aux ordres émis par le supérieur hiérarchique et celui-ci est responsable des conséquences des actes de l'inférieur hiérarchique. Et la hiérarchie implique l'existence d'une forte discipline, que l'auteur appelle le pouvoir hiérarchique. Maurice Hauriou, *Précis élémentaires de droit administratif*, (Paris : Recueil Sirey, 1925), 26. La doctrine française donc considère qu'il y a une relation de pouvoir hiérarchique inhérente au contrat de travail. En ce sens, par exemple, Danièle Loschak, *Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration*, 23, qui établit, par ailleurs, la comparaison entre chacun des soi-disant pouvoirs hiérarchiques dans le droit du travail et dans le droit administratif. Soulignant également l'analogie des situations, Pierre-D. Ollier, *Le droit du travail* (Paris : Armand Colin, 1972), 98.

³²² « Car il est nécessaire, il s'est configuré de cette façon dans la pratique et ainsi sera également son statut juridique ». Maria Fernanda Fernández López, *El poder disciplinario en la empresa* (Madrid : Civitas, 1991), 21. « La reconnaissance de la nécessité absolue du pouvoir disciplinaire dans le contrat de travail a

la doctrine n'est pas de contester la recevabilité de ce pouvoir. Au contraire, il semble qu'elle le considère comme une hypothèse de base pour toute analyse doctrinale. Le pouvoir est toujours intégré et expliqué dans le contexte d'une position globale plus large du travailleur dans l'entreprise – la position de subordination juridique – à savoir, dans un cadre de relation inégale entre les parties. Une fois admis ce cadre de relation inégale entre les sujets, la préoccupation dominante dans la doctrine semble se porter vers la délimitation du concept et du contenu du pouvoir de l'employeur et de la subordination juridique, en plus d'examiner les manifestations du pouvoir de l'employeur qui leur correspondent³²³. On peut dire aussi que la préoccupation basique et primordiale de la jurisprudence, chose commune en effet à tous les droits nationaux étudiés, est la limitation des pouvoirs de l'employeur au cas par cas. A cet égard, la contribution de la jurisprudence montre, pour le sujet qui nous intéresse, le plus grand intérêt. Le grand défi, en particulier au Brésil, comme nous le verrons, est de construire une uniformisation des décisions afin d'assurer une sécurité juridique dans les rapports de travail.

§ 2^o La technique du droit du travail dans le droit brésilien

Au Brésil le Droit du Travail est aussi une branche juridique développée à partir du progrès technique et industriel déflagré au tournant du siècle, ayant, parmi ses finalités, celle de civiliser la relation de travail ouvrier, contenant les excès de pouvoir imprégnés dans cette relation de travail en évitant ainsi les risques pour la santé physique et psychologique apportés au travailleur. Le processus d'industrialisation au Brésil débute seulement dans les deux premières décennies du XX^e siècle³²⁴, de forme encore assez

été imposée au niveau doctrinal comme dans les plans juridiques et jurisprudentiels. Ramalho, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, 51. Il faut mentionner cependant qu'il y a des travaux où on discute la nécessité réelle du pouvoir disciplinaire ou des pouvoirs des entreprises : Luciano Spagnuolo-Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storici-giuridici* (Napoli : Morano, 1967), 43-44 et Luigi Mengoni, *Diritto e valori* (Bologna : Il Mulino, 1985). Cette constatation est d'une grande importance, compte tenu de la diversité des formes adoptées dans le cadre de la systématisation de l'encadrement juridique de la relation de travail.

³²³ Arrivent ici plusieurs manifestations de l'employeur dans le sens de diriger la prestation de services comme la détermination initiale de la fonction du travailleur d'après ses qualifications ; l'ordonnance concrète de la prestation de services, qui peut être faite par des ordres directs, des lignes directrices générales ou des règles internes : la mutabilité de la prestation de services par des impératifs de gestion etc. En ce sens, Manuel Alonso Olea, *Derecho del Trabajo*, (Madrid : Civitas, 1982), 221 et suivants.

³²⁴ Marcelo de Paiva Abreu raconte que « le seul sondage industriel antérieur à la Première Guerre Mondiale est l'enquête du Centre Industriel du Brésil de 1907, étant reconnu incomplet, révélant l'existence de 3250 établissements industriels comptant 151 mille travailleurs, parmi lesquels un peu plus d'un tiers étant dans l'industrie textile. » Marcelo de Paiva Abreu, "O Processo Econômico", in *História do Brasil Nação : 1808-*

minime³²⁵, dans des proportions dérisoires pour répondre à la demande de la population, concentrée dans la région sud-est³²⁶. Marchant à l'énergie à vapeur, hydraulique et électrique³²⁷, les premières usines se montaient en particulier pour la production de textiles, de papier, de vitres, d'articles en cuir, de savon, de tabac et d'allumettes, avec en plus des industries naissantes de fer, d'acier et de ciment, encouragées par le gouvernement, sous la forme d'exemptions fiscales et de frets bon marché pour les chemins de fer publics³²⁸. Malgré un cadre numérique défavorisé, la technologie employée par certains des secteurs industriels était « avancée à des niveaux internationaux³²⁹ ». Au cours des années 1930, il y eut des progrès industriels considérables³³⁰, étant également la période où ont été créées les premières lois relatives au travail industriel à l'échelle nationale³³¹, fortement inspirées du droit européen, se fixant alors, au cours de cette décennie, la date historique de formation du Droit du Travail brésilien, qui se consolide en 1943, lorsque ces lois sont organisées en un code, appelé Consolidation des Lois du Travail³³², en vigueur de nos jours.

Construit dans un contexte historique et politique distinct de celui qui a

2010 – *Olhando para dentro*, ed. Lilia Moritz Schwarcz ; Angela de Castro Gomes, (Rio de Janeiro : Objetiva, 2013), 179.

³²⁵ Se référant à la période post Première Guerre Mondiale, l'historien Graham révèle que « à cause de la grandeur du pays et d'un coût de transport élevé, on n'arrivait pas à la hauteur des économies importantes et le Brésil aurait encore un long chemin à parcourir avant d'être considéré industriel. » Richard Graham, *Britain and the onset of modernization in Brazil* (Cambridge : Cambridge University Press, 2005).

³²⁶ Selon Furtado, 54% de la production industrielle étaient représentés par Rio et São Paulo. En 1919, le transport du coton de Pernambouc vers Rio de Janeiro coûtait presque aussi cher que pour Liverpool, une distance presque quatre fois plus grande. Celso Furtado, *Formação econômica do Brasil*, (São Paulo : Companhia das Letras, 2007), 256.

³²⁷ L'utilisation de l'énergie à vapeur (73%) l'emportait contre 22% de l'énergie hydraulique et seulement 5% de l'énergie électrique. Abreu, "O Processo Econômico", 183.

³²⁸ Furtado, *Formação econômica do Brasil*, 251 et s.

³²⁹ Comme l'affirme Abreu, se référant à l'industrie textile brésilienne. D'après l'auteur, « le Brésil comptait sur une industrie textile moderne, importante même en termes internationaux, la plus importante d'Amérique Latine et d'une dimension comparable à celle de la Chine, quoique inférieure à celle de l'Inde. Selon l'étude, il disposait de 2,5 millions de broches et de 76 mille métiers à tisser en 1913. » Abreu, "O Processo Econômico", 183.

³³⁰ Même si le pays avait une économie encore majoritairement rurale, « en 1930, l'agriculture représentait encore 35,8% du total, contre 14,8% de l'industrie et 49,4% des services bénéficiés par d'importants investissements des années 1920 » Regis Bonelli, "Nível de atividade e mudança estrutural," in *Estatísticas do século XX* ed. IBGE (Rio de Janeiro : IBGE, 2003), 374. Tandis que dans les années 1930 la majeure partie des initiatives gouvernementales était de caractère normatif, au début des années 1940, le gouvernement fédéral a commencé à s'impliquer aussi dans la sphère productive. Deux exemples en sont emblématiques : la Cie Sidérurgique Nationale et la Cie Vale do Rio Doce. Abreu, "O Processo Econômico", 193.

³³¹ Pour un abordage minutieux de l'évolution des lois du travail au Brésil, depuis la post- abolition jusqu'à la révolution de 1930, voir : Jorge Luiz Souto Maior, *História do Direito do Trabalho no Brasil*, (São Paulo : LTR), 2017 et Boris Fausto, *História Geral da Civilização Brasileira: o Brasil Republicano – sociedade e instituições*, (São Paulo : IDEL, 1985).

³³² Le décret-loi n° 5.425, de 1^{er} mai 1943.

inspiré la doctrine européenne dans la recherche de solutions pour l'encadrement juridique de la relation de travail, bien que partageant la même technique et les mêmes finalités, de quelle manière le droit du travail brésilien légitime et limite-t-il les pouvoirs de l'employeur ? C'est-à-dire, comment fonctionne l'application de la technique du droit du travail au Brésil (A) ? Quelles sont ses principales particularités concernant le droit national par rapport au modèle des pays latins européens près duquel il a cherché son inspiration (B) ?

A. L'application de la technique du droit du travail dans les sources de droit au Brésil

Comme il est pratiqué dans les pays latins examinés, le Droit du Travail brésilien adopte la technique qui consiste, à travers le contrat de travail, à légitimer et à limiter l'exercice des pouvoirs de l'employeur. En effet, la législation (1), la doctrine (2) et la jurisprudence (3), comme sources de droit au Brésil³³³, reconnaissent et limitent les pouvoirs de l'employeur dans la relation de travail.

1) Légitimation et limitation de l'exercice du pouvoir de l'employeur dans la législation

De la même manière qu'on l'a vu se passer en droit italien, espagnol et portugais, la législation brésilienne reconnaît explicitement la situation de pouvoir inhérente au contrat de travail. La Commission brésilienne de rédaction de la Consolidation des Lois du Travail (dorénavant, seulement CLT), lors de son élaboration, a adopté les critères suivants : systématisation des normes déjà en vigueur sur la protection individuelle du travail ; adaptation de cette législation en raison des

³³³ On rappelle que la notion de source *de* droit dessine des contours plus larges que source du droit. Thibierge, *Sources du droit, sources de droit : une cartographie*, 519-546. Certains auteurs, en revanche, considèrent la jurisprudence et la doctrine comme vraies sources du droit. C'est le cas de Esmein et Lévy-Bruhl. A. Esmein, "La jurisprudence et la doctrine," *RTD civ.*, 12 (1902). H. Lévy-Bruhl, "Esquisse d'une théorie des sources du droit," *L'Année sociologique*, (1953) : 18. Au Brésil, la doctrine normalement considère aussi que la jurisprudence et la doctrine constituent sources de droit. Dans ce sens, pour tous, Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito* (São Paulo : Saraiva, 2001), 129 et suiv.

dispositions constitutionnelles existantes ; mise à jour et complémentarité des dispositifs surmontés ou incomplets ; élaboration de nouvelles dispositions essentielles à la configuration et au déploiement du système, conformément à ce qu'en ont conclu les juristes qui la composaient³³⁴. En ce qui concerne la législation précédente, il n'y avait presque pas de dispositions pour réglementer expressément le pouvoir de l'employeur qu'implicitement³³⁵. Ainsi, la systématisation des pouvoirs de l'employeur a été le résultat de l'élaboration des juristes membres de la commission.

Il a été décidé, par conséquent, de faire référence aux pouvoirs inhérents à la figure de l'employeur en conceptualisant la figure de l'*employeur* et de l'*employé*, tel comme dans la Charte du Travail (*Carta del Lavoro*) en Italie³³⁶. Ainsi, à l'Introduction du Titre I, la CLT stipule à l'article 2^e : « L'employeur c'est l'entreprise individuelle ou collective qui, en assumant les risques de l'activité économique, embauche, paye des salaires et *dirige* la prestation personnelle de services ». Ensuite, à l'article 3^e, on est induit de préciser que l'autre sujet de la relation de travail, l'employé, est soumis à ce pouvoir, en le définissant comme « tout individu qui fournit des services constants à l'employeur, sous sa *dépendance* et par salaire ». En plus, au Titre VI du Chapitre I, la CLT aussi ajoute expressément, dans l'article 422, que le lien entre l'employé et l'employeur aurait une nature contractuelle : « le contrat individuel de travail est l'accord tacite ou exprès, ce qui correspond à la relation d'emploi ».

Mais pas seulement les lois produites par l'État reconnaissent l'existence des pouvoirs de l'employeur : les conventions et accords collectifs de travail³³⁷ jouent aussi ce rôle. En droit brésilien, ces documents, produits au sein des négociations collectives,

³³⁴ Comme l'a souligné un de leurs élaborateurs, Arnaldo Sussekind. Dans ce sens, Sussekind ; Maranhão ; et Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, 48.

³³⁵ On cite, par exemple, à titre d'exception, la loi n° 62 de 1935, appelée loi d'adieu, qui assurait aux travailleurs de l'industrie et du commerce le droit à l'emploi – stabilité – après dix années de service dans la même entreprise et instituant l'indemnité pour licenciement abusif à ceux qui n'avaient pas respecté ces dix années.

³³⁶ La Charte du Travail (*Carta del Lavoro*), publiée le 30 avril 1927, après son approbation par le Grand Conseil le 21, est de beaucoup influencée par les principes défendus par Rocco et soutenus par Bottai, alors sous-secrétaire d'Etat aux Corporations. Elle vient compléter la loi syndicale du 3 avril 1926. Les corporations sont définies comme les « organisations unitaires des forces de production ». Pour une analyse juridique et politique de cette Loi, voir, pour tous : Foro, *L'Italie fasciste*, 2006.

³³⁷ « Art. 611 : Convention collective de travail est l'accord normatif par lequel deux ou plusieurs syndicats représentatifs des catégories économiques et professionnelles stipulent des conditions de travail applicables, dans leurs représentations respectives, aux relations de travail individuelles. »

objet du Droit Syndical³³⁸, disposent d'une nature de norme juridique³³⁹, c'est-à-dire, les dispositions contenues dans les conventions collectives et dans les accords collectifs sont obligatoirement intégrées dans les contrats de travail concernés³⁴⁰. Ainsi, toutes ces normes juridiques produites par les sujets de droit collectif reconnaissent aussi l'existence du pouvoir de l'employeur soit de manière implicite, - quand elles réglementent, par exemple, la question des règles procédurales de démission³⁴¹ ; ou quand elles apportent des limites à la démission³⁴² ou des règles procédurales dans l'entreprise³⁴³, - soit

³³⁸ Au Brésil, le droit à la négociation collective est reconnu par l'article 8, VIII, de la Constitution Fédérale de 1988. Les instruments collectifs de négociation sont l'accord collectif et la convention collective, prévus dans l'article 611 de la CLT, dans les termes suivants : « Art. 611- Convention collective de travail est l'accord formatif par lequel deux ou plusieurs syndicats représentatifs des catégories économiques et professionnelles stipulent des conditions de travail applicables, dans leurs représentations respectives, aux relations de travail individuelles. § 1° Il est permis aux syndicats représentatifs de catégories professionnelles de réaliser des Accords Collectifs avec une ou plusieurs entreprises de la catégorie économique correspondante, lesquelles stipulent des conditions de travail qui sont applicables dans le domaine de l'entreprise ou des rapports de travail respectifs concordants. »

³³⁹ Cette branche du droit se compose de normes dites « hétéronomes » – produites par tiers – et aussi par des normes « autonomes » – produites directement par les bénéficiaires finaux – par négociation collective. Dans ce sens, conférer : Amauri Mascaro Nascimento, *Ordenamento jurídico trabalhista* (São Paulo : LTr, 2013), 121 et suiv. La doctrine brésilienne fait référence à l'existence d'une « plurinormativité », s'appuyant dans la théorie du droit du juriste italien Norberto Bobbio. Voir : Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico* (Brasília : Unb, 1994), 4 et suiv.

³⁴⁰ Pour un aperçu des discussions doctrinaires autour de la nature juridique des conventions et des accords collectifs de travail, Dilvanir José da Costa, "A natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho", *Vox Juris Trabalhista*, 100 (2980) : 3-33. Actuellement, dans la jurisprudence du travail, la compréhension suivant laquelle les accords et les conventions collectives détiennent une nature juridique de norme prédomine- et non celle de contrat. Dans ce sens, pour tous, TRT-10, RO1610201101510006, Douglas Alencar Rodrigues, 16/05/2012.

³⁴¹ « Clause dix-neuvième, homologation de démission : L'entreprise pourra se présenter devant le SINDPD-RJ (Syndicat des travailleurs en entreprises et services publics et privés d'informatique et d'internet et semblables de Rio de Janeiro) pour la réalisation de l'acte d'homologation en cas de résiliation du contrat de travail de ses employés respectifs, en observant les règles suivantes : § 1° : Le SINDPD-RJ demandera une taxe administrative pour la réalisation de l'acte d'homologation du Terme de Résiliation Contractuelle de Travail. §2°: La planification de l'acte d'homologation du Terme de Résiliation du Contrat de Travail sera réalisée par le site du SINDPD-RJ sur initiative de l'entreprise. §3° : Au cas où l'employé ne comparaitrait pas, au moment de l'homologation, l'entreprise en informera le SINDPD-RJ, avec la preuve de l'envoi de la lettre, du télégramme ou du mél de notification de l'acte. §4°: Dans l'hypothèse du paragraphe antérieur, le SINDPD-RJ fournira à l'entreprise une déclaration suivant laquelle celle-ci a comparu au jour et à l'heure indiquée pour l'homologation et que le travailleur notifié n'a pas comparu. §5°: On concèdera une tolérance de 20 minutes à partir de l'horaire de planification de l'homologation. À la fin de la période de tolérance, le SINDPD-RJ fournira une déclaration de présence. Cependant, la déclaration de présence pour l'entreprise est conditionnée aux documents en apportant la preuve qui sont décrits au §3°. » Syndicat des travailleurs en entreprises et services publics et privés d'informatique et d'internet et semblables de Rio de Janeiro, inscription syndicale n° 31.603.145/0001-00, Convention Collective de Travail, 2017/2019.

³⁴² « Clause trente-neuvième. À l'employé éloigné du travail pour motif de maladie, est garanti l'emploi pour 45 (quarante-cinq) jours, comptés à partir du congé médical, au cas où l'éloignement a lieu pour une période égale ou supérieur à 30 (trente) jours consécutifs. Paragraphe unique- On exceptera de la garantie expresse dans le "caput" de cette clause les hypothèses de juste cause ou d'accord entre les parties, cette dernière étant dûment assistée par le Syndicat Professionnel. » Syndicat des employés du commerce de Fortaleza, inscription syndicale n° 07.343.452/0001-15 ; Syndicat du commerce en détail et de magasin de Fortaleza, inscription syndicale n° 07.341.373/0001-75, Convention Collective de Travail, 2017/2017.

³⁴³ « Clause quarante-huitième : crédit d'absences : « L'employé pourra ne pas comparaitre au travail sans dommage pour son salaire pour cinq jours maximum, qu'ils soient consécutifs ou non, avec justificatif,

explicitement, déterminant d'une manière expresse l'existence de ce pouvoir - par exemple lors de la définition d'une infraction disciplinaire et de sanctions³⁴⁴.

Soit dans les pays dont le droit interne reconnaît, par voie légale, l'existence de pouvoirs inhérents à l'employeur dans la relation de travail, soit en France, dont la législation les reconnaît seulement implicitement, le Droit du Travail compte de nombreuses normes juridiques limitant son exercice. Au Brésil, cependant, il y a, dans cet aspect, une différence importante : si l'on s'efforce de chercher, dans la législation brésilienne, des normes juridiques présentant des limites à l'exercice de l'employeur, nous verrons que, d'une manière différente de ce qui se passe dans la législation étrangère ici considérée, il existe seulement une petite quantité de dispositifs, lesquels sont encore indéfinis au contenu indéterminé.

Le contexte autoritaire dans lequel la CLT a été créé explique sans nul doute cette conformation. La tendance corporative des relations de travail, déjà intégrée par les lois relatives à la question, a été adoptée par la CLT, en plaçant l'État dans le cadre de cette relation de travail subordonnée, à côté de l'employé et de l'employeur. Ainsi, le pouvoir de l'employeur, auparavant illimité, trouvait son fondement dans la loi et sa légitimité par l'action de l'État³⁴⁵.

dans les cas suivants: I- Mariage; II- Décès de conjoint, de compagnon, de père, de mère, de fils, de beau-fils, de frère ou de personne dépendante légalement; IV- Pour accompagnement à des consultations médicales ou odontologiques de conjoint, de compagnon, de père, de mère, de fils, de beau-fils, de frère ou de personne dépendante légalement; V - Accompagnement de conjoint, de compagnon, de père, de mère, de fils, de beau-fils, de frère ou de personne dépendante légalement pour des soins domiciliaires avec recommandation médicale. Paragraphe Unique- Pour chaque nouvelle intervention ou consultation, la réutilisation de ce bénéfice sera permise. » Syndicat des employés du commerce de Fortaleza, inscription syndicale n° 07.343.452/0001-15 ; Syndicat du commerce en détail et de magasin de Fortaleza, inscription syndicale n° 07.341.373/0001-75, Convention Collective de Travail, 2017/2017.

³⁴⁴ « Clause Cinquante- et- Unième - de la réglementation de l'utilisation de l'appareil cellulaire et des réseaux sociaux dans le contexte du travail- ayant en vue la sécurité dans le cadre du travail, tout comme le développement régulier des activités de l'entreprise, les employeurs pourront restreindre l'utilisation d'ordinateurs, d'imprimantes, de télécopieurs et de téléphones cellulaires, de smartphones et d'autres écouteurs et internet (mél, réseaux sociaux), d'applicatifs de messages, de musiques et de jeux, visant l'intérêt personnel durant les heures de travail. Paragraphe Premier- en cas d'urgence, les travailleurs auront droit à une utilisation modérée du téléphone fixe mis à disposition par l'entreprise ; Paragraphe Second - Les téléphones cellulaires particuliers devront être utilisés par les employés pendant la période du déjeuner ou après l'horaire de travail, de préférence en dehors de l'entreprise. Paragraphe Troisième- Sont exclus des interdictions précédentes ceux des employés possédant un appareil cellulaire fourni par l'entreprise, étant interdite dans ce cas toute utilisation n'étant pas une communication vocale. Paragraphe quatrième- Les travailleurs qui violent constamment les dispositions de cette clause pourront subir un avertissement verbal, un avertissement écrit, une suspension ou même une démission pour juste cause. » Syndicat de Vitriers Autonomes et Travailleurs dans les Entreprises de Commercialisation et d'Installation de Vitres, de Cadres, de Box et d'Acryliques du District Fédéral, inscription syndicale n° 565. 223.880.68-6 et Syndicat du commerce de Détail de Matériaux de Construction du District Fédéral, inscription syndicale n° 00219301121-9, Convention Collective de Travail, 2015/2016.

³⁴⁵ Cette modalité, qui a transformé le travailleur de *res* en sujet de droit, de manière à donner un lien juridique-formel et pas plus personnel à son employeur est apparu précisément pour remplacer la domination directe de l'employé par l'employeur. Dans cette phase de systématisation du droit du travail

Dans les conceptions institutionnalistes on nie le fait que l'employeur agisse en quête d'intérêts privés. L'activité de l'entreprise aurait une fonction sociale, ayant une communion d'intérêts entre les sujets de la relation de travail, ce qui justifierait l'exercice du pouvoir de l'employeur, on compare l'entreprise à une institution, le concèdent donc le droit de créer ses propres lois et donc son droit interne (de commandement, fiscalisation et discipline)³⁴⁶, n'ayant pas, de ce fait, dans sa version autoritaire, un compromis légal d'établissement de limites autant consolidées pour son exercice que dans le contractualisme. Il y a eu, donc, peu de dispositifs légaux créés pour limiter ces pouvoirs. En fait, dans la construction de la législation du travail brésilien, bien qu'il y eût certaines dispositions sur le pouvoir directif de l'employeur, quasiment aucune ne détient ces pouvoirs de fiscalisation et de sanction.

En régulant le *pouvoir de direction*, par exemple, la CLT interdit qu'il y ait des modifications contractuelles, bien que par consentement mutuel, découlant directement ou indirectement des pertes par l'employé³⁴⁷. L'article 469 interdit aussi à l'employeur de transférer l'employé, sans son consentement, à un site différent de celui convenu à l'origine, ne considérant pas comme transfert ce qui ne signifie pas

au Brésil depuis les années 1930, « la branche de justice du travail en vint à être institutionnalisée, par conséquent, en vertu d'un siècle corporatif et intensément autoritaire. Les développements politiques brésiliens ne permettaient pas de ce fait que le droit du travail passe par une phase de systématisation et consolidation dans laquelle se discutaient (et mûrissaient) des propositions de gestion et de résolution de conflits sous la propre société civile, démocratisant la matrice essentielle de la nouvelle branche juridique, affirmant une intense et longue action autoritaire officielle (après 1930) sur un segment socio-juridique toujours sans une structure et une expérience largement consolidées (comme le système antérieur à 1930). Et cela a donné lieu à un modèle fermé, centralisé et compact, caractérisé encore par une incomparable capacité de résilience et de durée au fil du temps. » Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 119.

³⁴⁶ Dans son ouvrage de 1950, l'institutionnaliste Luiz José de Mesquita appelait l' « autonomie des affaires législatives » à un « groupe autonome, duquel dérive son propre but » et même au « pouvoir législatif de l'entreprise », Mesquita, *Direito disciplinar do trabalho*, 173. En ce même sens, Lacerda : la « personne du patron » ne serait qu'un « intermédiaire entre l'employé et l'entreprise de laquelle il est le chef ». Lors de la signature d'un contrat de travail, l'entreprise vise la personne du salarié, alors que celui-ci « contracte avec un ensemble de biens, choses et gens, qui sont l'entreprise, dans laquelle l'employeur, le patron respectif, est l'un des éléments, mais pas complètement l'entreprise ». On distingue donc l'entreprise (employeur) et son patron (entrepreneur). En conséquence, l'entreprise est devenue une « institution hiérarchisée dans laquelle les personnes impliquées ne sont pas fonctionnellement dans le même pied d'égalité, mais où il y a un chef naturel » ; si en elle « règne le principe de l'égalité fonctionnelle de ses membres et non de leur égalité », en elle doit avoir une « agence centralisatrice, une tête de direction, une autorité, tout court, où le sujet actif du droit disciplinaire doit à l'élément conducteur de la production, i.e., à l'entrepreneur, dans laquelle est concrétisée la hiérarchie supérieure du corps social ». Voir : Dorval Lacerda, *Direito individual do trabalho*, 35.

³⁴⁷ « Art. 468 : Dans les contrats individuels de travail la loi permet seulement de modifier les conditions respectives par consentement mutuel et seulement si cela ne résulte pas directement ou indirectement en dommages pour l'employé, sous peine de nullité de la disposition contrefaite de cette garantie. »

nécessairement le transfert de sa résidence^{348 349}. D'autre part, quant à la limitation du *pouvoir de surveillance*, il n'y avait aucun dispositif dans la CLT³⁵⁰. Et quant au *pouvoir de punition*, seulement l'art. 462, qui interdit à l'employeur de punir l'employé effectuant des rabais sur les salaires³⁵¹ ; l'art. 474, ce qui limite jusqu'à trente jours la durée de la peine de suspension (suspension disciplinaire) qui peut être appliquée par l'employeur³⁵² ; et la liste bien ouverte des infractions de l'employé qui conduisent au licenciement pour un motif valable³⁵³. Cela ne signifie cependant pas que ces limites n'existent pas en droit brésilien : la jurisprudence et la doctrine brésilienne ont construit des mécanismes de limitation du pouvoir de travail.

³⁴⁸ « Art. 469 : L'employeur ne peut pas transférer l'employé, sans son consentement, à un site différent de celui convenu dans le contrat et on ne considère pas transfert qui ne cause pas nécessairement le transfert de sa résidence. »

³⁴⁹ Nous pouvons citer aussi l'imprécis article 483 : « L'employé peut envisager résilié le contrat et réclamer l'indemnité due lorsque : a) les services demandés sont supérieurs à ses forces, interdits par la loi, contraire aux bonnes moeurs ou sans rapport avec le contrat ; b) il est traité par l'employeur ou ses supérieurs hiérarchiques avec rigueur excessive ; c) il soit en danger manifeste de peine considérable ; d) l'employeur ne respecte pas les obligations contractuelles ; e) l'employeur ou ses agents pratiquent contre lui ou les membres de sa famille des actes nocifs envers l'honneur et le nom ; f) l'employeur ou ses agents l'offensent physiquement, sauf en cas de légitime défense de ceux-ci ou d'autres ; g) l'employeur réduit son travail, que ce soit par pièce ou par tâche, afin d'affecter de manière significative le montant des salaires. »

³⁵⁰ En 1999, la Loi 9.799 a insérée l'article 373-A dans la CLT, disposant sur la prohibition de la réalisation de fouilles intimes sur les employées.

³⁵¹ « Art. 462 : L'employeur ne peut faire aucune réduction dans les salaires de l'employé, sauf si cela résulte en avances de salaire, en dispositifs légaux ou en convention collective. § 4° – En observant les dispositions du présent Chapitre, il est interdit aux entreprises de limiter de quelque façon la liberté des employés d'utiliser leur salaire ». Il y a des différences sur cette question pour les employés ruraux. Vérifier art. 9° de la Loi 5.889 de 8 juin 1973.

³⁵² « Art. 474 : La suspension de l'employé pendant plus de trente (30) jours consécutifs compte dans la rupture abusive du contrat de travail. »

³⁵³ « Art. 482 – Ce qui constitue des motifs valables de résiliation du contrat de travail par l'employeur : a) acte de mauvaise conduite ; b) conduite répréhensible ou acte mauvais ; c) négociation régulière propre ou d'autrui sans l'autorisation de l'employeur et quand cela constitue un acte de concurrence à l'entreprise pour laquelle l'employé travaille ou qui est préjudiciable au service ; d) condamnation pénale de l'employé, déjà jugée, s'il n'y a pas eu de suspension de l'exécution de la peine ; e) négligence dans l'exercice de leurs fonctions ; f) ivresse habituelle pendant les heures de travail ; g) violation de secret de l'entreprise ; h) acte d'indiscipline ou insubordination ; i) abandon de l'emploi ; j) acte préjudiciable d'honneur ou de bonne réputation pratiqué dans le service contre toute personne ou des dommages physiques, dans les mêmes conditions, sauf en cas de légitime défense de soi ou d'autrui ; k) acte nocif de l'honneur ou du nom ou dommages physiques pratiqués contre l'employeur et supérieurs hiérarchiques, à l'exception de légitime défense de soi ou d'autrui ; l) pratique constante de jeux de hasard. Paragraphe unique – Il est également un motif valable pour résiliation d'employé la pratique, dûment prouvée dans une enquête administrative, d'attaques à la sécurité nationale ». Le refus non motivé d'utilisation d'Équipement de protection individuelle (EPI) fait partie aussi de cette liste (art. 158, paragraphe unique du CLT). La législation prévoit encore quelques violations de la loi pour certains types d'employés, tels que l'article 433, I et III du Code du travail, l'article 508 du Code du travail, parmi d'autres.

2) La contribution de la doctrine brésilienne

La doctrine exerce un rôle important dans la construction de la technique du droit du travail brésilien, puisqu'on trouve des travaux de juristes brésiliens dont la thématique concerne la reconnaissance, la justification, la définition et la limitation des pouvoirs de l'employeur. Il faut insister sur le fait que la tradition juridique brésilienne - comme l'observait déjà le comparatiste français René David, spécialiste du droit brésilien - est marquée par une forte influence du droit étranger, une caractéristique qui constitue, selon l'observation précise de l'auteur, sa propre originalité³⁵⁴. Ainsi, quant à la reconnaissance et aux fondements des pouvoirs de l'employeur, le débat entre institutionnalisme et contractualisme, qui occupa les juristes européens au cours du XXème siècle, s'est répercuté dans la doctrine brésilienne, non sans que surgissent aussi dans le pays des travaux originaux qui fondaient le droit du travail tantôt sur l'institutionnalisme³⁵⁵ tantôt sur le contractualisme³⁵⁶.

Au moment où la CLT a été rédigée, l'institutionnalisme avait des partisans importants, y compris les membres intégrants de sa Commission de rédaction³⁵⁷,

³⁵⁴ Il faut rappeler les constatations du comparatiste français René David a propos du rôle de la doctrine en droit brésilien : « Au Brésil, la doctrine, tant étrangère que nationale, paraît jouer un rôle de premier plan : auteurs français, italiens, portugais, espagnols, argentins sont constamment cités, commentés par les juges dans leurs arrêts. Quiconque étudie une question de droit brésilien doit en tenir compte, et ne pas prétendre résoudre cette question en considérant les seules lois, décisions judiciaires, opinions des auteurs du Brésil. Chaque droit doit être étudié selon les méthodes propres qu'il comporte, faute de quoi on ne saurait arriver à vraiment le connaître. » René David, *Traité élémentaire de droit comparé* (Paris : Economica, 1982), 243.

³⁵⁵ Parmi les œuvres qui ressortent dans la doctrine brésilienne institutionnaliste, on cite Luiz José de Mesquita, *Direito disciplinar do trabalho*, (São Paulo : LTr, 1991) ; Nélío Reis, *Alteração do contrato de trabalho* ; Roberto Barretto Prado, *Curso de Direito Coletivo do Trabalho*, (São Paulo : LTr, 1991).

³⁵⁶ Comme exemple de contractualistes on peut citer, à titre indicatif, Antonio Lamarca, *Manual das Justas Causas* (São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983), 33. Evaristo de Moraes Filho, *Introdução ao Direito do Trabalho*, 264 ; Arnaldo Sussekind ; Maranhão et Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, 175 ; Antônio Ferreira Cesarino Júnior, *Direito social brasileiro* (São Paulo : Saraiva, 1970), 34-35 ; Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 114 ; Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, *Contrato de Trabalho com o Estado* (São Paulo : LTr, 1975), 75 ; Messias Pereira Donato, *Curso de Direito do Trabalho*, (São Paulo : Saraiva, 1975), 105 ; Mozart Victor Russomano, *Curso de Direito do Trabalho*, 1972, (Rio de Janeiro : José Konfino, 1972), 110 ; José Martins Catharino, *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, (São Paulo : Universidade de São Paulo, 1972), 240 ; Orlando Gomes et Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, (Rio de Janeiro : Forense, 1968), 143 ; et Francisco C Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, (Rio de Janeiro : Borsoi, 1964), 425.

³⁵⁷ La CLT est un décret-loi, une figure légale dérivée du Pouvoir exécutif qui, à ce moment-là (« *Estado Novo* », nom donné au régime dictatorial instauré au Brésil par Getúlio Vargas), concentrait en soi les attributions du Pouvoir législatif. Le comité de juristes chargé de l'élaborer a été choisi par le président brésilien Getúlio Vargas, comprenant José de Segadas Viana, Oscar Saraiva, Arnaldo Sussekind, Luís Augusto Rego Monteiro et Dorval Marcenal de Lacerda, les deux derniers, de ses propres aveux, institutionnalistes. Selon les développeurs eux-mêmes, « la loi a été inspirée par les conclusions du 1^{er} Congrès brésilien de droit social, tenu à São Paulo en mai 1941, l'*Encyclique Rerum Novarum* (1891) et la *Carta del Lavoro* (1927), matérialisation du corporatisme italien de (l'homme d'État italien) Benito

et c'est pourquoi jusqu'à aujourd'hui les prémisses conceptuelles des institutionnalistes tiennent toujours une certaine importance pour comprendre le droit du travail brésilien³⁵⁸. En plus, la CLT a été élaborée de son aveu sous l'inspiration du droit du travail italien³⁵⁹, lequel, parmi les pays d'Europe, a été celui qui « a perçu avec peut-être le plus d'acuité et de finesse la complexité » les idées institutionnalistes, en les situant au contractualisme³⁶⁰. Malgré le fait qu'il n'y ait plus à l'heure actuelle dans la doctrine brésilienne aucun doute³⁶¹ sur le choix des courants contractualistes pour expliquer les pouvoirs de l'employeur dans les rapports de travail³⁶², les discussions entre

Mussolini ». Sussekind ; Maranhão et Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, 231. Comme le nom même déjà permet de conclure, il s'agissait d'une « Consolidation » des lois du travail, qui, comme on peut le voir dans la Section I, était déjà en cours de développement au Brésil depuis 1930. Parmi les rédacteurs de la Consolidation des lois du travail (CLT), il y avait donc deux institutionnalistes : Luís Augusto Rego Monteiro et Dorval Lacerda.

³⁵⁸ Pour de plus amples développements sur les influences institutionnalistes contenues dans la CLT, voir : Lamarca, *Manual das justas causas*, 37. À bon droit, l'auteur ajoute que « La CLT a été décrétée en 1943 dans une période autoritaire de l'histoire du Brésil, appelée *Estado Novo* (1937-1945). En 1943, la fortune de la guerre n'avait pas encore été fixée en faveur des alliés. Ce fut donc une loi qui a subi beaucoup d'influence des idées institutionnalistes, mais d'une manière modérée, de sorte qu'elle n'a pas méprisé la figure d'un contrat pour la formation de la relation de travail. »

³⁵⁹ Dans ce sens, Larissa Rosa Corrêa, «O corporativismo dos trabalhadores: leis e direitos na Justiça do Trabalho entre os regimes democrático e ditatorial militar no Brasil (1953-1978),» *Estudos Ibero-Americanos*, 42, (2016) : 500-526.

³⁶⁰ Supiot ajoute que « La pensée juridique italienne demeure en Europe celle qui a perçu avec peut-être le plus d'acuité et de finesse la complexité de la notion juridique de relation de travail, en la situant au confluent du droit des biens et du droit des personnes. Et elle doit sans doute beaucoup de sa qualité au fait qu'elle est entrée très tôt en dialogue avec les deux cultures romaniste et germanique, dont elle a su opérer une synthèse originale. Au travers de ce modèle italien, la conception personnelle et communautaire a exercé une influence sur d'autres pays latins, comme par exemple le Portugal ou l'Espagne. Ainsi le droit portugais a été, jusqu'à la chute du régime corporatiste, fortement marqué par l'exemple du code civil mussolinien, même s'il ne lui a jamais emprunté sa définition du travailleur et est demeuré fidèle à une définition contractuelle. » Supiot, *Critique du droit du travail*, 21.

³⁶¹ Maurício Godinho Delgado affirme même qu'aujourd'hui, dans le pays, la doctrine contractualiste est « incontestable » Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 665. Dans le même sens, José Martins Catharino : « Quand on équilibre le contractualisme et l'institutionnalisme de la loi brésilienne, on conclut que la première prévaut ou prédomine. S'il n'en était pas ainsi, beaucoup de situations seraient inexplicables ». *Compêndio Universitário de Direito do trabalho*, 240. « Depuis que nous avons choisi la dénomination *contrat de travail*, nous ne pourrions pas échapper à l'acceptation de l'idée de *contrat* pour conceptualiser cette relation juridique régie par le droit du travail avec toutes les conséquences qui pourraient résulter de la position prise par nous ». Dans le même sens, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, *Contrato de Trabalho com o Estado*, 75.

³⁶² Le travail du juriste brésilien Arion Sayão Romita a été important dans ce sens. Son œuvre s'est vouée à proposer un concept de subordination dans le droit brésilien. En revoyant les débats sur le thème du droit des pays européens, l'auteur prend position dans le sens suivant lequel « en conclusion du contrat, l'employé est tenu à un *facere*, duquel certainement ne ressort pas l'attribut de subordination. On ne peut pas supposer que la volonté du travailleur serait liée au domaine de subordination et à la conséquente acceptation de toutes les implications qui en découlent. En fait, le désir conscient veut la célébration des affaires de permutation, ce qui se traduit par l'obligation d'un *facere* en échange du prix de ce *facere* – le salaire. La subordination donc ne découle pas de l'objet de cet échange. Il serait alors question d'admettre que le *facere* subordonné est étranger à la volonté de l'employé ou qu'il ne se présente pas au moment de la formation du contrat mais dans la phase suivante d'exécution des faits d'ajustement, pendant l'insertion du travailleur dans l'organisation de l'entreprise ». Arion Sayão Romita, *A subordinação no contrato de trabalho*, 102. Il l'a conceptualisée comme « l'intégration de l'activité du travailleur dans l'organisation de

contractualistes et institutionnalistes ont formé un socle pour la construction de la pensée de la doctrine nationale du travail et son analyse est importante pour connaître les influences corporativistes présentes encore de nos jours dans le droit du travail brésilien.

Ainsi, aujourd'hui, la reconnaissance des pouvoirs par la doctrine dérive soit de la loi soit d'éléments extralégaux. Certains auteurs donc expliquent l'existence de la subordination dans le contrat de travail par les dispositions de l'art. 2 du Code du travail, qui, en conceptualisant l'employeur, mentionne la prérogative de l'employeur de « direction de la prestation de services³⁶³ ». À partir du mot « direction » il est conclu que, dans la relation de travail qui lie l'employé à l'employeur par un contrat de travail (art. 442 de la CLT), l'employeur a le droit de diriger la prestation de services de la contrepartie en l'autorisant à le faire grâce à des règles internes ou des commandes directes ou indirectes et aussi qu'on puisse surveiller la bonne conformité et punir l'employé qui ne répond pas aux commandes du patron³⁶⁴ ; d'autres fortement influencés par la doctrine juridique italienne³⁶⁵, essayent de trouver des bases juridiques pour le pouvoir de l'employeur pas seulement dans la loi mais aussi dans un domaine extralégal tout au long des lignes des besoins économiques de l'entreprise comme soutien argumentatif de la base juridique³⁶⁶.

Ainsi, à travers l'art. 2 de la CLT, dans lequel il est dit que l'employeur « assume les risques de l'activité économique », le législateur aurait là admis que l'employeur a besoin d'organiser les différents facteurs de production – dont le travail –

l'entreprise, par un lien contractuel établi en vertu duquel l'employé accepte la détermination par l'employeur des modalités de prestation de travail ». Romita, *A subordinação no contrato de trabalho*, 83.
³⁶³ « Art. 2º : L'employeur est l'entreprise individuelle ou collective qui, en assumant les risques de l'activité économique, embauche, paie des salaires et dirige la prestation personnelle de services. »

³⁶⁴ Toujours en référence à la CLT, on utilise la doctrine des dispositifs qui sont indirectement liés au pouvoir de l'emploi pour le baser légalement : comme c'est le cas, illustrant, de l'art. 469, du paragraphe unique de l'art. 468 et de l'art. 474, qui seront détaillés plus tard.

³⁶⁵ Les théories, surtout de Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 42, mais aussi de Barassi, *Elementi di diritto del lavoro*, 136 et de Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 186, ont eu beaucoup de répercussion dans le droit du travail brésilien. Amauri Mascaro Nascimento, par exemple, dans les années 1970, après avoir de nouveau défendu son point de vue contractualiste, a indiqué les auteurs qui ont fondé son explication. L'auteur a dit : « Dans l'état actuel d'évolution de la pensée juridique du travail, nous ne pouvons que demander, ce que fait Hueck, si l'accord de volontés entre les employeurs et les travailleurs devrait être appelé simplement contrat, puisque son existence est reconnue par tous. Certainement il sera inutile d'introduire dans le langage juridique un autre mot lorsque le mot contrat est d'ordre technique et précis ». Et il a souligné les noms suivants entre italiens et brésiliens : « Carnelutti, Barassi, Sanseverino, Ardal, Botija, Evaristo de Moraes Filho, Délio Maranhão, Russomanno, Orlando Gomes ». Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 453.

³⁶⁶ En ce sens, Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 2015, p. 595 et suiv.

pour atteindre les objectifs de son entreprise, extrayant d'un tel facteur juridique aussi le raisonnement de la subordination juridique du contrat de travail³⁶⁷.

En dehors du fait de contribuer à la reconnaissance de ces pouvoirs, la doctrine tient le rôle important de les délimiter et de les conceptualiser. Dans ce travail, leur point de départ est l'*altérité* inhérente au contrat de travail. En effet, l'employeur – et non l'employé – assume les risques de son entreprise, gagnant ses avantages et souffrant ses risques. Ainsi, l'employeur doit avoir les moyens d'organiser la poursuite de ses objectifs dans son entreprise, y compris l'exécution des activités de ses salariés. De cette situation de fait, intrinsèque au système capitaliste, fait suite la nécessité même de la reconnaissance des pouvoirs du travail par le droit. En tant que propriétaire d'une entreprise, le sujet peut prendre des décisions choisies, selon des critères économiques. Ainsi, la loi brésilienne apporte que la chose essentielle à la notion de contrat de travail est non seulement le fait que l'une de ses parties (l'employeur) va assumer les risques de l'activité économique mais aussi qu'elle va avoir le pouvoir de diriger la prestation de services de l'autre partie (l'employé)³⁶⁸. Donc, l'employeur a non seulement le droit de *diriger* et d'*organiser* la prestation de services – et des autres facteurs de production – mais, pour assurer l'exécution du contrat, d'exercer un contrôle et d'imposer des sanctions. Il était inutile que la loi garantisse le pouvoir de diriger si on ne pouvait non plus avoir aussi des moyens efficaces pour le faire exécuter³⁶⁹.

En bref, le pouvoir de l'employeur se manifeste grâce à des mécanismes qui lui permettent de *diriger* la prestation de services – par des commandements directs ou par les dispositions du règlement interne – ainsi que pour assurer son exécution – en contrôlant les activités des salariés et éventuellement en appliquant des sanctions. Donc, la doctrine brésilienne comprend que le pouvoir de l'employeur est l'ensemble de prorogatifs accordés par la loi et concentrés dans la figure de l'employeur pour que soit possible, dans le cadre de la relation de travail subordonné, la poursuite de son objectif économique, en dirigeant, en réglementant et en contrôlant l'activité professionnelle de

³⁶⁷ Le contractualisme brésilien a donc retenu, comme base de la subordination du contrat de travail, une position mixte : autant faire directement de la loi que des facteurs externes à elle.

³⁶⁸ « Art. 2° : L'employeur est l'entreprise individuelle ou collective qui, en *assumant les risques de l'activité économique*, embauche, paie des salaires et *dirige* la prestation personnelle de services. »

³⁶⁹ Dans cette même ligne, Octávio Bueno Magano, *Do poder diretivo na empresa*, (Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982), 114 et Arion Sayão Romita, *O poder disciplinar do empregador* (Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1983), 46.

ses salariés, et en ayant aussi le droit d'appliquer des sanctions, dans les cas d'inexécution³⁷⁰.

La contribution de la doctrine dans l'application de la technique du droit du travail dans le droit brésilien va au-delà de la reconnaissance et du concept des pouvoirs de l'employeur : les juristes opèrent en délimitant son contenu et sa nomenclature. Quant au contenu, il y a consensus que la position de pouvoir accordée à l'employeur par le contrat de travail implique des prérogatives d'organisation, de direction, de réglementation, de surveillance et d'application de sanctions. Cependant, un désaccord se pose quant à la classification et la nomenclature utilisées pour désigner chacune d'elles. Il y a des auteurs qui utilisent la nomenclature « *pouvoir hiérarchique* » pour se référer à toutes les prérogatives contractuelles du pouvoir de l'employeur comme celles de l'organisation et de la direction, de la surveillance et de la punition³⁷¹. D'autres, préfèrent se référer à tous ces prorogatifs comme un « *pouvoir de direction*³⁷² ». Il y a, cependant, ceux qui sous la rubrique « *pouvoirs de l'employeur* » désignent un complexe de pouvoirs indépendants attribués à l'employeur, en nommant chacun indépendamment : *le pouvoir de direction, le pouvoir réglementaire, le pouvoir de fiscalisation et le pouvoir de punition*³⁷³.

Enfin, face à l'absence d'une législation satisfaisante, on ne peut s'empêcher de mentionner l'importance de la doctrine dans la recherche de ressources pour remédier à ce manque, en produisant d'importantes œuvres qui concernent le thème de la limitation des pouvoirs de l'employeur, laquelle contribue à soutenir la jurisprudence, dans

³⁷⁰ Citons, par exemple, Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 710.

³⁷¹ On peut voir, par exemple, Nélío Reis, *Alteração do Contrato de Trabalho* (Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957), 35 et 53, qui identifie pouvoir hiérarchique et commandement des entreprises, ce qui a lieu de deux manières : pouvoir de direction et pouvoir de discipline ; Dorval de Lacerda, *A falta grave no Direito do Trabalho*, 6, selon lequel le pouvoir hiérarchique de l'employeur se manifeste par le pouvoir de direction qui entraîne le pouvoir de discipline, « le complexe des deux derniers se traduit par le premier » ; Dans la leçon d'Evaristo de Moraes Filho, « l'employeur exprime le pouvoir hiérarchique ou administratif par des pouvoirs de direction et disciplinaires » : Evaristo de Moraes Filho, *Introdução ao Direito do Trabalho* (São Paulo : LTr, 2004), 228. Dans le même sens, Emmanuel T. Furtado, *Alteração do contrato de trabalho* (São Paulo : LTr, 1994), 27-45, qui affirment que le pouvoir de commandement ou de hiérarchie est exercé « par l'employeur par le pouvoir de direction et de discipline ».

³⁷² Quant à l'utilisation de l'expression « pouvoir hiérarchique, » il faut ajouter que, en effet, la CLT utilise, dans son article 3^{ème}, le mot « *dépendance* » pour se référer à la situation de l'employé en relation à son employeur, étant possible d'interpréter en conséquence que cette *dépendance* est due à une *hiérarchie* entre les parties contractuelles. Toutefois, la doctrine contemporaine fait valoir que cette nomenclature ne correspond pas à l'esprit démocratique que la Constitution de 1988 a voulu donner aux relations de travail, ce qui explique pourquoi on trouve effectivement une préférence plus élevée depuis lors pour l'expression *pouvoir de direction* au lieu de pouvoir hiérarchique. Dans ce sens, Romita, *Subordinação no contrato de trabalho*, 182 et s.

³⁷³ Parmi tous, Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 787.

l'exécution du rôle dans lequel elle est protagoniste, dans le droit brésilien.

3) *Le rôle de la jurisprudence dans l'application de la technique du droit du travail*

La reconnaissance de la situation de pouvoir de l'employeur dans le contrat de travail se vérifie également au sein de la résolution des conflits du travail par les tribunaux³⁷⁴. Dans cet aspect, au Brésil, le rôle de la jurisprudence, comme dans celui de la doctrine, est celui d'établir l'extension et la conceptualisation des expressions légales aux pouvoirs de l'employeur, donc en les reconnaissant : des concepts tels que *dépendance* (art. 2^e de la CLT) et *direction* (art. 3^e de la CLT) ont leur portée délimitée par l'interprétation que les tribunaux leur confèrent, reconnaissant toujours l'existence d'un pouvoir inhérent à la figure de l'employeur³⁷⁵.

Mais l'importance de la jurisprudence dans l'application de la technique du droit du travail dans le droit brésilien réside surtout dans l'établissement de limites au pouvoir de l'employeur³⁷⁶. Il est certain que, dans le droit brésilien, les décisions judiciaires n'ont pas une force normative, c'est-à-dire, ne sont obligatoires que dans les limites de la relation processuelle concernée³⁷⁷. Pourtant, au Brésil les décisions proférées par les Tribunaux Supérieurs constituent une importante source de droit, car elles ont la délicate mission de tenter d'uniformiser l'application du droit dans ce pays aux dimensions géographiques et culturelles continentales, son contenu étant, en conséquence, un repère important non seulement pour les Cours Régionales et pour les Magistrats, au moment de l'application de la loi dans leur sphère de compétence, mais également pour conférer une sécurité juridique aux citoyens, face à la sémantique

³⁷⁴ La Justice du Travail (*Justiça do Trabalho*) au Brésil est composée par les « juges du travail », les « Tribunaux régionaux du travail » (TRT) et par le « Tribunal Supérieur du Travail » (TST). Vérifier l'article 114 de la Constitution Fédérale de 1988, qui définit sa composition et ses compétences.

³⁷⁵ Par exemple, au Brésil, voir : TST, RR1873000720075040202, José Roberto Freire Pimenta, 27/09/2013.

³⁷⁶ Voir, dans le Tribunal Superior du Travail (TST) les arrêts suivants : TST, RR5753620105050020, Maria Helena Mallmann, 18/12/2017 ; TST, RR10888320145050013, Douglas Alencar Rodrigues, 15/12/2017 ; TST, RR210875820145040010, Mauricio Godinho Delgado, 11/12/2017 ; TST, RR6902320155050007, Kátia Magalhães Arruda, 01/12/2017.

³⁷⁷ Sauf dans le cas des dits « précédents contraignants » (*Súmulas vinculantes*), produits par le Suprême Tribunal Fédéral. Sur les sources du droit, dans le droit brésilien, voir : Sur les précédents contraignants, voir : Igor Lúcio Dantas Araújo Caldas, *Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes : análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado*, (Thèse de doctorat en droit, Université Fédérale de Bahia, 2013).

lacunaire de la législation d'un pays en processus de redémocratisation³⁷⁸.

Il est donc clair que, à cet égard, ce qui différencie le droit des pays européens analysés et celui du Brésil quant à la limitation du pouvoir de l'employeur est tout simplement sa source de création directe de la limitation. Alors que dans ces pays, elle est le fruit de dispositions légales, complétée par l'interprétation des tribunaux ; au Brésil, vu qu'il n'y a pas de limitation légale satisfaisante, elle découle directement de la création jurisprudentielle, fondée sur le renforcement doctrinaire. C'est la jurisprudence brésilienne qui va donc construire la notion même de *subordination juridique* et définir, au cas par cas, les *limites du pouvoir de l'employeur*.

B. Bilan de l'application de la technique du droit du travail en droit brésilien

Si cette branche du droit a surgi en Europe étant associée au progrès technologique et aux changements dans l'organisation du travail au cours du XIXème siècle, qui ont apporté un mode de travail ayant des caractéristiques incompatibles avec l'idéal politique de liberté clamé par le libéralisme dans une période antérieure, au Brésil, aussi bien le processus d'industrialisation que la consolidation des valeurs de libertés par voie politique, dans la chronologie de l'histoire, ont parcouru des temps différents, ce qui, spécialement en relation au dernier, se reflète dans la question des pouvoirs dans la relation de travail - un thème qui concerne l'application de la technique du droit du travail. De fait, en vertu de la volatilité de la consolidation des régimes démocratiques de l'histoire politique du pays, documenté dans le constitutionnalisme national³⁷⁹ des

³⁷⁸ Sur le rôle de la jurisprudence depuis la redémocratisation du Brésil, vérifier : Renata Ovenhausen Albernaz et Letícia Baron, "Redemocratização e Poder Judiciário: para uma revolução nos acessos aos cargos de decisão," *Juris*, 22 (2014) : 111-133.

³⁷⁹ On rappellera que, après l'indépendance du Brésil du Règne de Portugal qui fut sienne, en 1822, D. Pedro I déclara la Constitution Brésilienne de 1824, qui resta en vigueur durant toute la période historique de l'Empire (1822-1889). Après le Coup d'État de la Proclamation de la République (1889) est promulguée, en 1891, la première Constitution républicaine, qui fut suivie par la Constitution sociale de 1934. En 1937, une nouvelle Constitution est déclarée, qui resta en vigueur durant la période dictatoriale de Getúlio Vargas, connue comme le Nouvel État (1937-1945). Avec la re-démocratisation, la Constitution de 1945 est déclarée. En 1964, débute une période de dictature militaire au Brésil (1964-1985), laquelle se reflète dans le constitutionnalisme à travers la Constitution de 1967 et de l'Amendement Constitutionnel de 1969 (Acte Institutionnel n° 5). Avec le déclin du Régime Militaire, une Assemblée Nationale Constituante est convoquée, laquelle promulgue la Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988, en vigueur

dommages reflétés dans cette branche juridique provenant de l'instabilité caractéristique de l'économie des pays d'Amérique Latine; et de certaines particularités historiques et culturelles, il y a des défis que le Droit du Travail brésilien doit affronter dans l'exécution de sa finalité consistant à contenir les excès de pouvoirs dans les relations de travail et d'éviter les risques physiques, économiques et les attentats aux libertés fondamentales des travailleurs.

Parmi les particularités historiques et culturelles qui se répercutent dans la disposition de cette branche du droit au Brésil, on ne peut éviter de mentionner la persistance d'us et de coutumes typiques d'une société dont la formation culturelle a reposé dans une connivence avec le travail forcé. En effet, pendant au moins quatre siècles, dans le développement de la construction proprement dite de la culture du pays, la relation de travail ayant prédominé dans le territoire du pays fut l'esclavage. Lorsque le Brésil était colonie du Règne de Portugal (1500-1808), l'économie brésilienne était alimentée, avec le sceau du droit, par la main-d'œuvre esclave, un fait qui, différemment de ce qui arriva dans les autres pays d'Amérique Latine, ne s'est pas modifié avec l'Indépendance du pays, en 1822³⁸⁰. Jusqu'à 1888³⁸¹, les relations de travail dans le pays étaient fondées sur l'esclavage, modèle de relation de travail fixé surtout dans une relation personnelle de hiérarchie et de violence où le donateur de travail n'était pas considéré comme sujet de droit, mais une chose, la propriété de son maître.

En dehors de l'entrave culturelle, les vices de l'héritage autoritaire importent plus directement pour l'analyse concernant le thème de ce travail, dont les contours ont caractérisé la formation de sa législation dans le pays. L'élaboration de la CLT, un diplôme venu dans le but d'apaiser les conflits sociaux générés par la question sociale dans le Brésil de la période post-abolition³⁸², arrive à un moment politique

jusqu'à nos jours. Pour une approche historique du constitutionnalisme brésilien, on recommande Paulo Bonavides et Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil* (Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989).

³⁸⁰ En vérité, si en 1793 Haïti a été le premier pays du continent américain à abolir l'esclavage, le Brésil a été le dernier. Dans ce sens, David Ellis, *The trans-Atlantic slave trade: a database*, (Cambridge : Cambridge University Press, 1999 ; Clóvis Moura, *Dicionário da escravidão negra no Brasil*, (São Paulo : Edusp, 2004) et Emmanuel T. Furtado Filho, *Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetividade das ações afirmativas* (São Paulo : LTr, 2013).

³⁸¹ Même avec la suffocation des commerces d'esclaves des populations de l'Afrique de l'Ouest, l'Afrique centrale et l'Afrique australe à partir de 1850 et les conséquences politiques d'immigration qui en ont découlé pour agir principalement dans les cultures agricoles du sud et sud-est du Brésil, les relations de travail qui n'étaient plus esclaves ne se sont pas transformées en contractuelles. Sur les problèmes sociaux générés dans le cadre de l'abolition de l'esclavage, en encourageant l'arrivée de travailleurs européens à travailler en partenariat et l'établissement de la République au Brésil à la fin du XIX^e siècle, vérifier Emmanuel Furtado Filho, *Combate à discriminação racial no Brasil e na França*, 61-85.

³⁸² Le but de « pacificateur » des tensions sociales qui est intégré dans le projet de conception de la CLT n'est pas caché par le ministre brésilien Alexandre Marcondes Filho qui a signé l'exposé des motifs de ce

totalitaire, ayant été d'ailleurs décrétée par le Chef de l'Exécutif, qui à ce stade cumulait les attributions législatives, vu que dans le système constitutionnel en vigueur celui-ci détenait les pouvoirs de fermer le Congrès National³⁸³. L'esprit autoritaire de la politique brésilienne de cette époque se reflète dans les normes du travail créées à cette période, lesquelles ont reçu une forte influence du corporatisme fasciste italien³⁸⁴, se caractérisant principalement comme promoteur d'un « étouffement du droit syndical³⁸⁵ » et en légitimant une forte hiérarchie dans les relations du travail. Face à cette configuration historique, d'une manière différente de ce qui arrive dans l'application de la technique du Droit du Travail par les pays européens analysés, la législation brésilienne actuelle reconnaît l'existence des pouvoirs de l'employeur, n'imposant toutefois pas de limites à son exercice, dans la mesure où, dans le modèle institutionnaliste autoritaire auquel est liée son origine, l'imposition de limites par voie légale est dispensée, car son fondement est extrait à partir d'une association pour un intérêt commun, dont on soustrait le caractère privé.

Depuis la fin du dernier cycle autoritaire, le Brésil s'organise à partir de la Constitution de 1988, dans laquelle le citoyen brésilien a déposé l'espoir d'une consolidation d'un régime politique démocratique. En elle, en plus d'un chapitre inséré pour disposer de droits sociaux, la dignité de la personne humaine et la valorisation du

document juridique. En soumettant le projet au Président de l'*Estado Novo* on lit comme suit : « Je suis sûr, Monsieur le Président, que le travail ici présenté et réalisé afin de fournir une collaboration utile du gouvernement de Votre Excellence sera apprêté (comme un exemple à travers lequel, grâce à une vision supérieure d'un Chef d'État, les plus belles réalisations sociale sont atteintes dans un climat de paix, de coopération de classes, d'amour à l'humanité, de sens amélioré de la justice, sans convulsions et sans réactions violentes, parce que le bon gouvernement prévoit les problèmes et apporte des solutions. » Sussekind, Maranhão et Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, 66.

³⁸³ Sur la période politique autoritaire dans laquelle la CLT a été créée, vérifier : Maria H. Capelato, "O Estado Novo : o que trouxe de novo?" in : *O Brasil Republicano*, ed. Jorge Ferreira et Lucila de A. N. Delgado (Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003), 118.

³⁸⁴ Sur le corporatisme fasciste italien, voir la note n° 283.

³⁸⁵ Voici quelques exemples de cette tendance : l'option pour la centralisation des décisions sur les questions du travail à l'agence fédérale de l'Union (et non pas les entités fédérées), la création d'une agence du Ministère de Travail, Industrie et Commerce, la création d'une structure syndicale basée sur un syndicat unique, typique des modèles corporatistes. Sur les effets des idées corporatistes dans le droit collectif du travail brésilien, Nascimento commente que « le corporatisme d'État a invalidé la spontanéité du syndicalisme en attirant à l'État l'organisation des travailleurs dans des catégories ontologiques fermées et immuables sans l'autorisation du pouvoir politique. Si c'est à l'État de discipliner les relations collectives de travail, c'est dans celles-ci que s'exercent les intérêts publics et pas les intérêts privés. Si l'État est le détenteur du pouvoir sur l'organisation et l'action syndicale, sa spontanéité est endommagée. Enfin, le droit du travail n'est pas public. Dans ce cas, les relations juridiques qui l'intègrent lient directement le citoyen à l'État et non les travailleurs aux entreprises ». Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 443. Sur les problèmes du droit syndical brésilien, voir : Francisco Gerson Marques de Lima, "Incoerências do modelo sindical brasileiro," *Labor*, 6, (2015) : 6-101. Sur les débuts du syndicalisme fasciste, voir Ferdinando Cordova, *Le origini dei sindacati fascisti* (Roma : Laterza, 1974). Pour la période des années 1930 et de la guerre, voir Giuseppe Parlato, *Il sindacalismo fascista. Dalla grande crisi alla caduta del régime (1930-1943)* (Roma, Bonacci editore, 1989).

travail humain sont dédiés comme fondements de la République Fédérative du Brésil, cette dernière étant également fondement de l'ordre économique, en dehors du fait d'y être insérée. Dans le processus de redémocratisation du pays, c'est à la lumière de ce nouveau paradigme de valeurs démocratiques présentées par la Constitution que la législation antérieure est interprétée. L'absence de limites satisfaisantes dans l'exercice des pouvoirs de l'employeur, bien qu'ayant été ajustée par la technique du travail à une autre époque, est incompatible avec l'esprit démocratique de la Constitution de 1988, en particulier quand il s'agit d'imposer des limites à l'employeur pour préserver des libertés fondamentales du travailleur.

Ainsi, au Brésil, la technique du droit du travail est la même que celle adoptée par les pays analysés, à savoir, celle de, de par le contrat de travail, dans un même temps, reconnaître et limiter les pouvoirs de l'employeur. La particularité du droit du travail dans cet aspect réside à la source du droit qui agira de forme plus effective pour promouvoir cette délimitation. La raison en est que, s'il existe une importante législation réglementant le thème dans les pays européens, dans le droit brésilien c'est la balance de la jurisprudence qui est chargée de dessiner ses contours, adaptant la législation à la Constitution Fédérale de 1988 et avançant dans la démocratisation, phénomène se constituant non comme donnée statistique, mais comme processus. Il est certain que, devant l'inexistence de ressources dans la législation du travail pour une imposition de limites à l'exercice de l'employeur, la jurisprudence brésilienne a dû trouver un modèle herméneutique pour pouvoir réaliser cette limitation. Pour analyser les obligations que le droit brésilien impose à l'employeur, il devient nécessaire de comprendre son modèle de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés.

Considérant que le contrat de travail, par ses caractéristiques, a la vocation de générer des attaques sur la dignité des travailleurs, la jurisprudence utilise des éléments de protection à la dignité de la personne humaine pour imposer, si c'est le cas, des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur, ce qui donne un caractère scientifique au droit du travail brésilien et son adaptation à l'esprit démocratique de la Constitution Fédérale de 1988³⁸⁶.

³⁸⁶ La Constitution de 1988 a conçu la dignité de la personne humaine, les valeurs sociales du travail et la libre entreprise comme fondement de la République Fédérative du Brésil (art. 1, III et IV CF), ainsi que, dans le Chapitre II, elle a établi des droits sociaux (arts. 6° à 11°), portant diverses dispositions en matière de travail.

Chapitre 2 : Le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés

L'apparition du droit du travail est associée à « une grande transformation hiérarchique³⁸⁷ » provenant des changements dans l'organisation du travail, rendus possibles par la diffusion des innovations techniques à l'essor du capitalisme industriel européen. Ceci du fait que les pouvoirs de l'employeur, provenant des caractéristiques propres des rapports de travail industriel, apportaient de graves risques aux masses de travailleurs. Pour la civiliser - c'est à dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force et d'assurer à tous une condition de sujets de droit libres et égaux³⁸⁸ - les juristes ont été obligés de rompre vis à vis de la propre conception de rapport de travail. Soit dans la théorisation contractualiste, issue de la culture romaniste, soit dans la théorisation institutionnaliste, d'influence germanique, l'existence d'une condition de subordination juridique³⁸⁹ est désormais, en même temps, l'élément identificateur du rapport de travail régi par le Droit du Travail; un élément légitimateur des pouvoirs de l'employeur; et une situation juridique qui limite son exercice et crée une série d'obligations extrapatrimoniales ou bien crée un statut, lesquels seront attachés à la personne du travailleur, protégeant sa sécurité physique³⁹⁰ et sa sécurité économique³⁹¹. Cette technique, toutefois, génère une contradiction entre les libertés fondamentales³⁹²

³⁸⁷ Lefebvre, *L'invention de la grande entreprise. Travail, hiérarchie, marché (France, fin XVIIIe-début XXe siècles)*, 157-193 et 195-218.

³⁸⁸ Dans ce sens, Pierre Legendre, *L'Empire de la vérité*, (Paris : Fayard, 1983), 171.

³⁸⁹ Lefebvre, "Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)," 45.

³⁹⁰ Cette idée de sécurité physique a été, et demeure, le cœur du droit du travail. C'est elle qui apparaît à l'origine historique de tous les droits du travail européens. Dans ce sens, Voir V. T. Ramm, "Laissez-faire and State protection of Workers," *The making of labour law in Europe. A comparative study of nine countries up to 1945*, ed. B. Hepple, (Londres et New-York : Mansell, 1986), 73 s.

³⁹¹ Une analyse profonde a propos de la protection juridique conférée au salaire en droit français, voir G. Lyon-Caen, *Le salaire, Traité de droit du travail*, 2, (Paris : Dalloz, 1981). Dans le droit brésilien, voir : José Martins Catharino, *Tratado jurídico do salário* (São Paulo : LTr, 1997).

³⁹² Vu l'imprécision terminologique a propos de l'expression, il faut l'expliquer : l'expression « libertés fondamentales » ici employée fait référence à ce que dans la tradition française était intitulé « libertés publiques », c'est-à-dire, désigne un certain nombre d'activités déterminées dont l'exercice l'Etat reconnaît aux individus, à l'abri des pressions extérieures. « Elles [les libertés publiques] sont donc des libertés, car elles permettent d'agir sans contrainte, et des libertés publiques car c'est aux organes de l'État, titulaire de

reconnues au citoyen par la société politique et la subordination du travailleur dans la vie économique pour laquelle une conciliation doit être réalisée par le droit du travail, à travers des interventions originales qui n'entravent point la liberté individuelle de l'employé ni les pouvoirs conférés de droit à l'employeur³⁹³. La vie privée des travailleurs est donc quelque chose qui est dans l'intérêt du droit du travail des divers pays qui réglementent le travail subordonné, celle-ci étant garantie à partir de la technique de limitation des pouvoirs de l'employeur.

Depuis le processus de démocratisation du pays et notamment à partir de la Constitution Fédérale de 1988, le Brésil a adopté d'importantes mesures en faveur de l'incorporation d'instruments internationaux dédiés à la protection des droits de l'homme³⁹⁴. Le mouvement d'internationalisation des droits de l'homme³⁹⁵, dans le cas du Brésil, fait face au problème et à sa réalisation par la voie internationale. Malgré le fait qu'il intègre le système interaméricain des Droits de l'Homme, le processus d'internationalisation de traités internationaux prévu dans la Constitution de 1988, exigeant un

la souveraineté juridique, qu'il revient de réaliser de telles conditions. [...] On peut considérer que les « libertés publiques » appartiennent à un cadre révolu, celui de la France du XIX^e et du début du XX^e siècle. Il conviendrait aujourd'hui de parler du « droit constitutionnel des libertés », du « droit européen des libertés », voire, plus globalement, des droits fondamentaux et libertés fondamentales. C'est dans cette direction que l'on s'est officiellement orienté, puisque, depuis 1999, le cours de « libertés publiques » enseigné en troisième année de licence dans les Facultés de droit est devenu enseignement de « droit des libertés fondamentales ». Le changement d'intitulé correspondrait aux transformations de la matière. Il est en effet possible de mettre l'accent sur ces dernières. Mais il est tout aussi possible d'insister sur la continuité. » Jean Morange, *Les libertés publiques*, (Paris : PUF, 2007), 5-12. Voir aussi, sur le thème, Dord Olivier, "Droits fondamentaux (notion et théorie)," in *Dictionnaire des droits de l'homme*, ed. Joël Andriantsimbazovina, Gaudin Hélène, Marguénaud Jean-Pierre, Rials Stéphane et Sudre Frédéric (Paris : PUF, 2008), 332. Conférer également : Yannick Lécuyer, *Libertés et droits fondamentaux, sources et protection*, (Paris, Gualino, 2016-2017).

³⁹³ Dans ce sens, Jean Savatier, "La liberté dans le travail," 1, *DS*, (1990) : 49-58.

³⁹⁴ « Le marqueur initial de ce processus fut la ratification, le 1^o février 1984, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de Discrimination contre la Femme », comme le rappelle Piovesan. Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 369.

³⁹⁵ « Le mouvement du droit international des droits de l'homme se base sur la conception que la nation entière a l'obligation de respecter les droits de l'homme de ses citoyens et que toutes les nations et la communauté internationale ont le droit et la responsabilité de protester, si un État ne remplit pas ses obligations. Le droit international des droits de l'homme consiste en un système de normes, de procédés et d'institutions internationales développées pour mettre en oeuvre cette conception et promouvoir le respect des droits de l'homme dans tous les pays, dans le monde entier. » Richard B. Bilder, "An overview of international human rights law," in : *Guide to international human rights practice*, ed. Hurst Hannum, (Philadelphia : University of Pennsylvania Press), 3-5.

consensus politique difficile exige la participation du Pouvoir Exécutif et du Pouvoir Législatif³⁹⁶, est encore considéré une entrave à son internalisation³⁹⁷.

Cependant, le texte de la Constitution Fédérale de 1988 a été fortement influencé par les valeurs contenues dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme³⁹⁸, en insérant une longue liste de garanties qui reflètent les valeurs civilisationnelles des droits de l'homme. Dans le système juridique brésilien, pour le moment, ces valeurs sont assurées et garanties de forme plus effective, ainsi, par le droit constitutionnel. La longue liste de libertés publique prévue dans la Constitution de 1988 est appelée par elle de « droits fondamentaux ³⁹⁹. » Mais ce n'est pas tout. Avec la progression du processus de redémocratisation, la législation infra-constitutionnelle assimile désormais les valeurs contenues dans la Constitution, notamment à partir de l'élaboration du Code Civil de 2002, qui crée un chapitre à part pour traiter de ceux qui se nomment « droits de la personnalité⁴⁰⁰ ».

³⁹⁶ Dans le cas brésilien, le système constitutionnel exige une combinaison de volontés entre le Pouvoir Exécutif et le Législatif pour qu'un traité soit incorporé (l'article 49, I et l'article 84, VIII de la Constitution Fédérale de 1988), on doit relever que, du fait que de telles normes apportent certaines imprécisions et lacunes, on finit par conférer une ample discrétion à de tels pouvoirs, ce qui, parfois, contribue à un affront au principe de la bonne foi en vigueur dans le droit international. Comme le résume Piovesan, « La Constitution brésilienne [...] apporte une lacune systématique, imparfaite et qui marche mal : elle ne prévoit pas, par exemple, de délai afin que le Président de la République achemine au Congrès National le traité qu'il a signé. Il n'existe toujours pas de prévision de délai pour que le Congrès National apprécie le traité signé, non plus de prévision de délai pour que le Président de la République ratifie le traité, en cas d'approbation par le Congrès. Cette systématique constitutionnelle, en maintenant une ample discrétion aux Pouvoirs Exécutif et Législatif dans le processus de formation des traités, finit par contribuer à un affrontement du principe de bonne foi en vigueur dans le Droit International. À ce sujet, on peut mentionner le cas emblématique de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, signé par l'État brésilien en 1969 acheminé pour appréciation du Congrès National seulement en 1992, ayant été approuvé par le Décret Législatif n° 496, le 17 juillet 2009- dix-sept années plus tard. » Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 102. Sur la bonne foi en droit international, voir : Éric Canal-Forgues et Patrick Rambaud, *Droit international public*, 59. Sur l'application des conventions internationales au Brésil, en matière environnementales, voir : Eric Canal-Forgues ; Tarin C. F. Mont'Alverne ; Alice R. Silva, "L application des conventions environnementales au Brésil." In: *Démocratie et diplomatie environnementales*, ed. Eric Canal-Forgues, (Paris : A. Pedone, 2015).

³⁹⁷ Dans ce sens, Piovesan : « bien que des progrès extrêmement significatifs aient eu lieu au cours de ce processus de démocratisation brésilienne pour ce qui traite de l'incorporation de mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme, il reste néanmoins un important défi - décisif pour le futur démocratique- de pleine et totale responsabilité de l'État brésilien vis à vis des causes des droits de l'homme ». Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 368.

³⁹⁸ Pour Sohn et Buergentha, « depuis son adoption, il a exercé une très forte influence dans l'ordre mondial, aussi bien international que national. Ses prévisions exercent également une influence significative parmi les Constitutions nationales et les législations locales et dans divers cas dans les décisions des cours ». Louis B. Sohn et Thomas Buergentha, *International protection of human rights* (Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1973), 516.

³⁹⁹ Le Titre II de la Constitution Fédérale de 1988 consacre les « Droits et Garanties Fondamentales ». Ce titre est divisé en cinq chapitres : « Des droits et devoirs individuels et collectifs » ; « des droits sociaux » ; « de la nationalité » ; « des droits politiques » ; et « des partis politiques ».

⁴⁰⁰ « Droits de la personnalité » c'est ainsi que le Code Civil intitule le Chapitre II de son Titre I (« Des personnes naturelles ») de son Livre I (« Des personnes ») de la Partie Générale.

Dans ce contexte, le droit à la vie privée est consacré dans le droit brésilien dans la liste de droits fondamentaux, à l'article 5° X, XI et XII de la Constitution, ainsi que dans la liste de droits de la personnalité, à l'article 21 du Code Civil, dans laquelle elle est protégée autant dans l'aspect de l'intimité (vie privée physique) comme dans celui de l'inviolabilité du domicile et dans celui du secret de la correspondance. Ce sont ces deux dispositifs qui actuellement sont normalement pris en compte par la jurisprudence du travail brésilienne pour effectuer la limitation du pouvoir de l'employeur, en attribuant à l'employeur offensé, par le biais de la responsabilité civile (préjudice moral), le devoir d'indemniser l'employé offensé, suivant les articles 186, 187 et 927 du CC.

Ceci parce que dans la législation brésilienne du travail, il existe une prévision pour l'application subsidiaire d'autres lois pour des cas de lacunes dans la CLT. Ainsi, les limites à l'exercice des pouvoirs de l'employeur par les libertés fondamentales de l'employé sont construites par la jurisprudence sur la base de l'application des droits fondamentaux prévus dans la Constitution Fédérale de 1988, leur conférant, ainsi, des effets horizontaux⁴⁰¹ (effets vis à vis des tiers), comme aussi par l'application d'autres dispositifs infra-constitutionnels, notamment ceux qui disposent sur les droits de la personnalité dans le Code civil de 2002.

Ainsi, pour atteindre l'objectif de cette première partie- qui est celui d'examiner l'état actuel de la protection de la vie privée de l'employé dans le droit brésilien-, sans oublier les procédures de l'analyse comparée, qui impliquent nécessairement l'acculturation du juriste étranger dans le système juridique analysé, le second chapitre sera employé à une incursion dans le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés des employés, il est indispensable qu'on puisse démontrer les mécanismes théoriques et légaux qui autorisent cette limitation, à savoir, l'application des droits de la personnalité du code civil (*Section I : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits de la personnalité*) et l'application des droits fondamentaux

⁴⁰¹ Si les effets horizontaux sont objet d'étude dans le Droit européen des droits de l'homme, au Brésil il le sont en droit Constitutionnel. Sur la théorie allemande de la *Drittwirkung*, au domaine du droit européen des Droits de l'homme, voir : Spielmann Dean, "Drittwirkung," in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre (Paris : PUF, 2008), 301-303. Voir aussi, dans la jurisprudence de la CEDH, par exemple, CEDH, *Ouranio Toxo c/ Grèce* (requête n° 74989/01), 20/10/2005 ; CEDH, *Plattform 'Arzte für das Leben' c/ Autriche* (Série A, n° 139. 252), 21/06/ 1988 ; CEDH, *J. A. Pye Ltd et J. A. Pye (Oxford) Land Ltd c/ Royaume-Uni* (requête n° 44302/02), 30/08/2007 ; et CEDH, *Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse* (requête n° 32772/02), 30/06/2009.

prévus dans la Constitution de 1988 (*Section II : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits fondamentaux*).

Section I : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits de la personnalité

Défendue par la doctrine brésilienne depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, la théorie des droits de la personnalité, d'origine européenne, trouvera une application jurisprudentielle définitive seulement à partir de la constitution de 1988, étant, en 2002, également garantie par la législation infra-constitutionnelle⁴⁰².

Étant donné que son incorporation dans le droit brésilien est récente, il est encore nécessaire de s'en référer à ses origines pour une compréhension plus exacte à son sujet, raison pour laquelle, avant d'examiner la protection des droits de la personnalité au Brésil (§ 2^o : *Les droits de la personnalité dans le droit brésilien*), nous aborderons l'élaboration de la théorie sur laquelle s'est basée cette protection dans le droit de pays européens (§1^o : *Les origines et la consécration de la théorie des droits de la personnalité*).

§ 1^o Les origines et la consécration de la théorie des droits de la personnalité

La théorie des droits de la personnalité est l'héritière d'une philosophie pionnière dans la reconnaissance de droits innés aux hommes et dans la construction de la notion de dignité de la personne humaine. Même si certains juristes se réfèrent aux

⁴⁰² Dans ce sens, Elimar Szaniawski, *Direitos da personalidade e sua tutela*, (São Paulo : RT, 1993), 14.

travaux de Boécio⁴⁰³ ou de Thomas d'Aquin⁴⁰⁴⁴⁰⁵, ou même à des juristes de l'école du droit naturel, comme Hugo Grotius⁴⁰⁶ et Pufendorf⁴⁰⁷, ou encore à des philosophes du dix-huitième siècle⁴⁰⁸, la compréhension que ce fut seulement à partir de la diffusion des travaux d'Emmanuel Kant que le droit allemand commença à considérer la nécessité d'incorporer au droit l'idée de dignité de la personne humaine et de l'existence des droits innés est majoritaire⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Anício Manlino Severiono Boécio (480-524) formule un concept de personne comme « substance individuelle de nature rationnelle ». Boécio, *Escritos*, (São Paulo : Martins Fontes, 2005), 282. Bien que conçue dans l'intention de résoudre les questions théologiques soulevées à cette époque, en évitant les innombrables hérésies autour du thème de la Trinité, il a finalement proposé une hypothèse importante qui apporta un nouvel éclairage et permit une nouvelle vision de la compréhension de la personne. Dans ce sens, Ricardo Antonio Rodrigues " Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana", *Seara filosófica*, 5 (2012) : 3-20 et Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*, (Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011), 37.

⁴⁰⁴ Ensuite, fortement influencé par Thomas d'Aquin (1225-1274) dans son oeuvre *Somme Théologique*, il affirme que la dignité prend son fondement dans le fait que l'être humain a été créé à l'image et à la ressemblance de Dieu, et plus loin, il affirme que la capacité d'autodétermination inhérente à la nature humaine (libre arbitre) existe au travers de sa dignité. Dans ce sens, Jean-Marc Goglin, "La liberté humaine chez Thomas d'Aquin." (PhD thèse, École pratique des Hautes Études Section des Sciences Religieuses, 2010), 65 et suiv. Ainsi, en créant une division entre les catégories de biens, il idéalise les biens purement personnels : la vie, la santé, la dignité, l'intimité.

⁴⁰⁵ Chez Thomas d'Aquin, « Chaque individu possède tout d'abord des biens purement personnels, intimement rattachés à son être-même. Tels sont les biens du corps (l'avie, la santé...) et de l'esprit (la dignité, l'intimité...). Viennent ensuite les personnes pour lesquelles chacun peut s'attacher. Le mari, la femme, les enfants, les salariés ou les domestiques sont des biens pour ceux-époux, parents ou employeurs-qui les possèdent[...] Restent enfin les biens matériels, les choses que l'homme peut, en vertu du dominium naturel qu'il possède sur l'univers, faire siennes, s'approprier. » Alain Sériaux, *Le droit naturel. Que sais-je ?* (Paris : PUF, 1993), 21.

⁴⁰⁶ Le mérite est communément attribué à Grotius d'être pionnier dans la défense de la notion des droits innés justifiés par la raison, abandonnant le caractère religieux du droit naturel. Dans ce sens, Alain Sériaux *Le droit naturel*, 82-83. Dans son oeuvre *De jure belli* (1680), le philosophe hollandais développe sa conception du droit individuel. Ainsi écrit-il que « la Vie, les Membres, la Liberté auront toujours appartenu en propre à chacun, et ainsi personne, et ainsi personne d'autre n'aurait pu sans injustice en vouloir à quelqu'une de ces choses ». Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (Paris : PUF, 2012), 69.

⁴⁰⁷ Pufendorf, disciple de Grotius, donne suite aux leçons de son maître, exposant son système de devoirs, divisé en trois catégories : ceux que nous avons vis à vis de nous-même ; et ceux que nous avons vis à vis des autres. C'est dans cette dernière catégorie qu'il range le devoir fondamental qu'a tout homme de ne pas porter atteinte à autrui dans les biens qu'il tient de la nature : vita, membra, pudicitia, libertas. Pufendorf fait valoir que la notion de liberté n'est pas fondée sur une qualité naturelle de l'homme et par conséquent ne peut pas être identifiée comme condition et prestige dans la sphère sociale. En vérité, même le monarque devrait respecter la dignité de la personne humaine, considérée comme la liberté de l'être humain d'opter en accord avec sa raison et d'agir conformément à sa compréhension et à son choix. Dans ce sens, Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire* (Paris : PUF, 1991), 111 et suiv.

⁴⁰⁸ Notamment Thomasius et Wolff ; celui-ci distingue, dans la notion de jus, le jus acquisitum, ce qui transforme un homme en vertu d'un contrat ou pour le droit établi par la volonté humaine ; et le jus connatum, droit inné et inaliénable appartenant à l'homme indépendamment de toute volonté humaine, reçu directement de Dieu à la naissance. Le second produit une synthèse de la théorie des devoirs développée par Pufendorf et la distinction établie par Thomasius entre jus acquisitum et jus connatum. Après avoir donné des bases solides aux droits innés, Wolff reconnaît le droit de l'homme sur sa vie, sur son corps, ses membres et sa réputation, et encore plus loin en admettant l'existence d'un droit à l'alimentation, aux médicaments, au logement, aux vêtements et à tout ce qui rend la vie agréable. Dans ce sens, Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, 111 et suiv.

⁴⁰⁹ Bruno C. Weyne, *O princípio da dignidade da pessoa humana : reflexões a partir da filosofia de Kant*, (São Paulo : Saraiva, 2013).

De fait, ses idées représentent un aboutissement de la pensée des Lumières, et, dans sa philosophie, la primauté de la raison trouve sa défense la plus enthousiaste. Son oeuvre établit clairement la frontière séparant la philosophie moderne des anciens systèmes qu'il a vaincus⁴¹⁰. En effet, il propose un changement de méthode d'analyse de l'acte cognitif, qu'il appelle la Révolution Copernicienne (*Kopernikanische Wende*). Ainsi, dans son analyse, le sujet ne tournerait pas autour des objets ; mais à l'inverse, les objets doivent être conformes à la connaissance⁴¹¹.

Ainsi, Kant a apporté des contributions décisives aux droits de la personnalité, pas seulement par l'abandon de l'empirisme du droit naturel, qui fait de l'homme *l'axe de toute son analyse critique*⁴¹² mais surtout par l'importance qu'il donne à l'élément de la liberté et à l'idée que l'homme est une fin en soi⁴¹³.

Le *grand détracteur de Koenisberg*⁴¹⁴ rejette la conception de ses prédécesseurs d'un catalogue de divers droits innés. L'homme, dit-il, n'a qu'un seul droit, le droit à la liberté, qu'il qualifie de droit élémentaire (*Urrecht*) dans lequel sont contenus tous les droits innés reconnus jusqu'alors par l'École du droit naturel⁴¹⁵. Ce droit est inné, puisque issu d'un principe antérieur à l'homme, et donc indépendant de son existence biologique. Cette philosophie, qui s'inscrit dans le mouvement individualiste caractéristique du XVIIIème siècle a certainement contribué à la prise de conscience de

⁴¹⁰ Pour une étude détaillée sur l'influence de la pensée de Kant dans les transformations qui ont construit l'État Social, vérifier : Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, (São Paulo : Malheiros, 2009), 135-170.

⁴¹¹ Pour une étude plus approfondie de la contribution de la philosophie kantienne à la formulation de la notion de dignité, se référer à Weyne, *O princípio da dignidade da pessoa humana : reflexões a partir da filosofia de Kant*, 2013.

⁴¹² Expression utilisé par Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 91.

⁴¹³ « Or je dis : l'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin en soi, et non pas simplement comme moyen dont telle ou telle volonté puisse user à son gré; dans toutes ses actions, aussi bien dans celles qui le concernent lui-même que dans celles qui concernent d'autres êtres raisonnables, il doit toujours être considéré en même temps comme fin [...] Ainsi la valeur de tous les objets à acquérir par notre action est toujours conditionnelle. Les êtres dont l'existence dépend, à vrai dire, non pas de notre volonté, mais de la nature, n'ont cependant, quand ce sont des êtres dépourvus de raison, qu'une valeur relative, celle de moyens, et voilà ce pourquoi on les nomme des choses; au contraire, les êtres raisonnables sont appelés des personnes, car leur nature les désigne déjà comme des fins en soi, c'est à dire comme quelque chose qui ne peut pas être employé simplement comme moyen, quelque chose qui par la suite limite d'autant toute faculté d'agir comme bon nous semble (et qui est un objet de respect). » Emmanuel Kant, *Fondements de la métaphysique de moeurs*, (Paris : LGF, 2001), 89.

⁴¹⁴ Bonavides, *Do Estado liberal ao Estado social*, 89.

⁴¹⁵ « Dans le règne des fins tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalence ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par la suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité. [...] C'est cette estimation qui fait reconnaître la valeur d'une telle disposition d'esprit comme une dignité, et elle la met à part infiniment au-dessus de tout prix ; on ne peut d'aucune manière la mettre en balance, ni la faire mettre en comparaison avec n'importe quel prix, sans porter atteinte en quelque sorte à sa sainteté. Fondements de la métaphysique des moeurs, bibliothèque des textes philosophiques. » Immanuel Kant, *Fondements de la métaphysique de moeurs*, 98.

la nécessité de protéger la personnalité de l'individu, même si son influence fut indirecte⁴¹⁶.

La doctrine allemande a construit l'idée de droits innés et postérieurement de droits de la personnalité (A). Les droits de la personnalité seront consacrés dans le droit interne de plusieurs pays en Europe, notamment dans le droit français et dans le droit allemand (B), deux modèles qui ont plus tard beaucoup influencé l'application de la théorie en droit brésilien.

A. Les fondements juridiques d'élaboration de la théorie des droits de la personnalité

Les principaux précurseurs de l'étude juridique de la personnalité humaine viennent d'Allemagne. L'influence patrimonialiste de l'école d'exégèse en France ne parvint pas à asseoir son importance en Allemagne, étant donné la forte influence du Droit Romain et son unification tardive en tant qu'État. Ainsi, à partir de ces droits inhérents, conçus par les philosophes germaniques, les conditions en faveur de la germanisation de la théorie juridique des droits de la personnalité furent réunies.

Étant donné la proximité avec le droit romain, la doctrine civiliste allemande⁴¹⁷ est dominée par la notion de propriété. En vérité on considère que le droit de propriété se limite aux choses corporelles, rejetant son application à l'individu sur lui-même. C'est ce refus d'étendre la notion de propriété aux choses incorporelles qui va permettre l'apparition des catégories de droits de la personnalité et de droits sur les biens immatériels (*Immaterialgüterrecht*)⁴¹⁸.

À cette période, le droit de la personnalité n'est pas utilisé dans son sens actuel, il n'est que le droit qu'a chaque être humain d'être reconnu comme une personne juridique, c'est à dire qui soit détenteur d'une capacité juridique. Néanmoins on peut remarquer qu'une nouvelle catégorie de droits s'est peu à peu développée à travers la

⁴¹⁶ Lucas- Schloetter rappelle l'influence que les idées de Kant ont exercé sur Franz von Zeiller, père du code civil autrichien: « dans son ouvrage paru pour la première fois en 1802 et intitulé *Das naturlische Privatrecht*, il traite en effet du droit à la personnalité dont il donne une définition proche de celle du droit à la liberté de Kant » Agnès Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, (Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002), 44.

⁴¹⁷ Il serait plus exact de parler du droit civil prussien, bavarois, autrichien... puisque l'unité allemande n'est pas encore une réalité à cette époque.

⁴¹⁸ Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 60.

doctrine allemande : des droits qui ne sont ni réels, ni de créance. Une catégorie qui initialement ne comporte des droits de la personnalité qu'à l'égard de la *capacité juridique*, mais qui serait le réceptacle idéal pour les droits de la personnalité⁴¹⁹.

Puchta, dans son oeuvre *Zu welcher Klasse von Rechten gehört der besitz* (1829), fut le premier juriste de l'École Historique à faire avancer ce sujet de manière significative, en reconnaissant que les droits subjectifs de l'individu portent soit sur des choses, soit sur d'autres personnes, soit sur sa propre personne. Parmi les droits subjectifs dont l'objet est la personne du titulaire, Puchta range le droit de la personnalité, qui comprend la capacité juridique et le droit à l'honneur⁴²⁰.

L'émergence des droits de la personnalité reste cependant entravée par les virulentes critiques de Savigny, dont les idées influençaient considérablement les juristes de cette époque. Dans son oeuvre *System des heutigen römischen Rechts* paru en 1840, ce dernier s'élève contre la conception selon laquelle l'individu aurait, dès sa naissance et pendant toute sa vie, un droit fondamental sur lui-même, nettement distinct des droits acquis⁴²¹. Les idées de Savigny sont, ainsi, reproduites par ses disciples, comme c'est le cas de l'autrichien Unger, qui argumente que « en ce qui concerne les droits qui naîtraient de la personnalité, soit il n'y en a aucun, soit tous les droits sans exception en font partie. La personnalité est en effet la condition de tout droit subjectif, l'élément qui imprègne tout le droit privé et qui est contenu dans chacun ; elle n'est rien d'autre que la capacité juridique, en tant que possibilité d'avoir des droits : mais ce n'est pas un droit de la personne que d'être capable juridiquement, ce n'est pas un droit privé que d'être une personne.⁴²² »

Ainsi, pendant toute la première moitié du siècle XIX, les positions de la doctrine civiliste allemande sur les droits de la personnalité restent prudentes, étant donné le positivisme qui imprègne l'esprit des juristes, lequel trouvait son expression la plus marquante chez Savigny et ses disciples⁴²³, qui refusent l'idée de droits, comme héritage

⁴¹⁹ Mühlenbruch, par exemple, dans son oeuvre *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1835), sépare déjà les droits en trois catégories : droits réels, droits de créance et droits ayant pour objet la personne, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 61.

⁴²⁰ Puchta, "Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz ?" *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, 3, (1829) : 289, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 61.

⁴²¹ C-F. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin, 1840, t.1, p.335, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 60.

⁴²² J. Unger., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 1856, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 62.

⁴²³ Windscheid, qui pensait qu'il n'était pas nécessaire d'étudier les droits subjectifs dont l'objet était la propre personne, étant donné qu'ils ne sont pas contestables. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 62 et Vangerow, qui se positionne de

du droit naturel et fondement idéal pour la théorie des droits de la personnalité. Pourtant, l'oeuvre *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnis* (1866) de Georg Karl Neuner a apporté la première évolution du concept juridique du droit de la personnalité. En dépit du fait d'être un disciple de Savigny, Neuner a innové, en divisant les droits en trois catégories : les droits économiques (qui regroupent les droits réels et les droits de créance); les droits de la famille et les droits de la personnalité, qui seraient « les droits de l'individu à être son propre objectif, à s'affirmer et s'épanouir comme tel⁴²⁴ ». Selon Neuner, on devrait comprendre par droit de la personnalité « le droit de la personne à être sa propre fin, à s'affirmer et à s'épanouir comme la fin d'elle-même⁴²⁵ ».

Même si de nombreux auteurs attribuent l'origine des droits de la personnalité à Otto von Gierke, nous appartenons à ceux qui considèrent Karl Gareis comme le père fondateur des droits de la personnalité⁴²⁶. Dans un article publié en 1877 (*Das Juristische Wesen der Autorrechte, sowie des firmen - und Markenschutzes*), Gareis systématise cette catégorie de droits subjectifs, en leur prêtant un concept proche de celui qu'on leur attribue actuellement : il s'agit, selon lui, d'une nouvelle espèce de droits subjectifs, se situant au-delà des droits réels, et opposables *erga omnes*⁴²⁷.

Cette nouvelle catégorie de droits, qu'il a appelé « droits individuels » (« *Individual rechts* »), seraient divisés en trois groupes : les droits ayant trait à la reconnaissance de la personne en tant qu'individu (droit à un nom, au nom commercial, droit des marques et protection de l'honneur) ; et l'octroi de droits concernant l'authenticité d'une prestation (droit d'auteur)⁴²⁸.

La catégorie des droits de la personnalité dans la doctrine allemande, inventée par Gareis, commence à apparaître, au début du XX^e siècle, dans la classification des droits subjectifs de la plupart des manuels de droit civil⁴²⁹. Cette reconnaissance est

manière tout à fait différente de ses contemporains allemands, en défendant l'idée de la propriété de l'homme sur son corps. K-A Vangerow, lehrbuch Pandekten, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 62.

⁴²⁴ Karl Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 63.

⁴²⁵ Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 16.

⁴²⁶ V. en ce sens par exemple : Leonardo Estevam de Assis Zanini, *Direitos da Personalidade*, (São Paulo : Saraiva, 2011), 44.

⁴²⁷ Karl Gareis. "Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen-und Markenschutzes." (Busch's Archiv, 1877), 202, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 64.

⁴²⁸ Karl Gareis, *Das juristische Wesen...*, cité par Lucas-Scholoetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 64.

⁴²⁹ François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité* (Louvain : Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique, 1990), 63.

principalement due à l'impulsion de deux juristes allemands, Otto von Gierke et Josef Kohler, qui commencent à reconnaître non seulement des éléments déjà élucidés par Gareis, mais encore un droit général de la personnalité.

Gierke a consacré le chapitre 4^o du premier tome de son oeuvre *Deutsches Privatrecht* (1895) à sa théorie des droits de la personnalité. Il les définit comme des droits qui « assurent à leur titulaire un pouvoir sur un élément inhérent à sa propre personne⁴³⁰ ». Ces droits seraient absolus, et auraient le pouvoir d'empêcher toute intrusion illégale dans le champ d'action⁴³¹. Selon Moine, la caractéristique principale des droits de la personnalité chez Gierke est définie par rapport à son objet : un élément de la sphère personnelle, lequel est cependant compris très largement puisqu'il peut s'agir, non seulement de la vie, de la liberté, de l'honneur, mais aussi du nom, d'une marque, d'une enseigne ou du « résultat d'une force créatrice intellectuelle⁴³² ».

En revanche, le droit général de la personnalité serait, selon le juriste Stettin, le droit subjectif uniforme et fondamental, fondateur de tous les droits subjectifs particuliers, qu'ils soient publics ou privés, défini comme le droit d'être reconnu comme personne par l'ordre juridique⁴³³. Il reconnaît que la limite entre les droits de la personnalité et le droit général de la personnalité est ténue : « les droits de la personnalité consacrés légalement n'épuisent pas la matière. Ils laissent au contraire de sensibles lacunes. Pour combler de telles lacunes, il faut, lorsque la conscience juridique moderne l'exige, recourir au droit général de la personnalité, jusqu'à ce qu'il en sorte un nouveau droit particulier. »⁴³⁴

En ce qui concerne les caractéristiques des droits de la personnalité, Gierke affirme que ce sont des droits non patrimoniaux, bien qu'ils puissent obtenir ou développer un contenu patrimonial ; ce sont aussi des droits « hautement personnels » (« *höchstpersönliche* »), qui naissent en même temps que l'individu et disparaissent avec lui ; et sont aussi en principe inaliénables, cependant certains peuvent faire l'objet de cession⁴³⁵. On attribue en outre à Gierke, au-delà d'avoir fixé la terminologie « droits de

⁴³⁰ Isabelle Moine, *Les choses hors de commerce* (Paris : Bibliothèque de Droit Privé, 1999), 148-149.

⁴³¹ Isabelle Moine, *Les choses hors de commerce*, 150.

⁴³² Isabelle Moine, *Les choses hors de commerce*, 97.

⁴³³ Agnès Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, 64.

⁴³⁴ Karl Gareis, *Das juristische*, cité par Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 98.

⁴³⁵ Pour une analyse plus détaillée de la théorie de Gierke des droits de la personnalité, voir François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, 122 et suiv.

la personnalité » (« *persönlichkeitsrechte* »)⁴³⁶, la diffusion de cette théorie sur le continent européen⁴³⁷.

Kohler, quant à lui, a joué un rôle important dans l'évolution du droit d'auteur, lequel serait un « droit immatériel » (« *Immaterialgüterrecht* ») et ferait partie des droits de la personnalité. Le « droit individuel » serait donc simplement un droit unique, qui correspondrait à la somme des biens personnels (« droit général de la personnalité »). On entend par droit individuel, entre autres, le droit à la vie, à la santé, à l'honneur, au nom, à l'image et à la protection de la sphère privée (« *Geheimsphäre* »)⁴³⁸.

Malgré les développements théoriques en Allemagne, le Code Civil allemand (*Bürgerliche Gesetzbuch*, ci-après nommé BGB) de 1900, applicable dans tout l'empire, ne contient aucune clause qui puisse servir de fondement à une théorie générale de la personnalité⁴³⁹⁴⁴⁰.

La jurisprudence du Tribunal du Reich a pourtant maintenu sa compréhension du fait qu'une clause générale de la personnalité serait en désaccord avec l'esprit du BGB, une telle théorie étant inexistante dans le droit allemand. Jugé par une affaire concernant les lettres de Nietzsche, par exemple, le Reichsgericht a affirmé catégoriquement qu'un « droit général de la personnalité, conçu comme un droit subjectif, est étranger au droit civil actuellement en vigueur [...] il n'y a que des droits particuliers de la personnalité, consacrés par la loi, tel le droit au nom, le droit sur les marques, le droit à sa propre image, les éléments personnels du droit d'auteur. Un droit de la personnalité sur ses propres lettres [...] n'a pas encore été consacré ».⁴⁴¹

Ainsi, jusqu'au début de la période de l'Entre-Deux-Guerres, les droits de la

⁴³⁶ Gareis utilisait l'expression droits individuels (*Individualrechte*), tout comme Kohler dans ses premiers écrits.

⁴³⁷ « La popularité de Gierke en Allemagne est liée aux critiques virulentes qu'il fit à l'encontre du premier projet de code civil de 1887, parmi lesquelles le reproche qu'il adresse à ses rédacteurs d'avoir négligé la protection des biens de la personnalité. » Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 97.

⁴³⁸ Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 96.

⁴³⁹ Le code civil fut un « recueil de l'histoire du XIXème siècle », expression utilisée par Cristiane Alves, qui poursuit en observant que la « suppression du terme "personne" et son remplacement par "capacité juridique" était la conséquence du fait d'avoir assumé la théorie de Savigny des affaires juridiques, ce qui rendit superflue l'ample exposition du Droit de la Personne. » Cristiane Alves, "Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas." *Revista Juridica*, 330 (2005), 38.

⁴⁴⁰ « Étant donné que les rédacteurs avaient peu de contact avec la pratique juridique ou économique, le projet a immédiatement suscité une critique féroce. Son langage lourd et complexe fut censuré quasi-systématiquement, le doctrinarisme du système et l'incroyable quantité de références législatives également. La critique des contemporains a porté encore plus intensément sur le caractère livresque et inconscient de la vie du projet. Cette critique- même lorsqu'elle dépassait ses objectifs- a mis l'accent sur le fait que les auteurs du projet n'ont trouvé aucun contact avec la vie de la nation. » Franz Wiecker, *História do direito privado moderno*, (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980), 538.

⁴⁴¹ Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 103.

personnalité étaient déjà bien ancrés en droit allemand, ce qui constituait une nouvelle catégorie de droits subjectifs (aux côtés des droits réels et des droits de créance). Le droit à un nom est explicitement protégé par le BGB, tout comme celui de la vie, du corps, de la santé et de la liberté. En outre, le droit à l'image commence à être protégé par la loi du droit d'auteur de 1907. Bien que ces droits privés de la personnalité soient bien protégés par le droit allemand, le droit général de la personnalité est encore très controversé dans la doctrine et totalement rejeté par la jurisprudence⁴⁴².

B. La consécration de la théorie des droits de la personnalité : considérations sur des aspects ayant influencé le droit brésilien

À la fin de la Seconde Guerre Mondiale, on constate que la théorie des droits de la personnalité a été adoptée dans le droit interne de plusieurs pays européens, notamment dans le droit français (1) et dans le droit allemand (2), les deux ayant beaucoup influencé son application théorique au Brésil.

1) Les droits de la personnalité en droit français

Malgré des divergences doctrinales⁴⁴³, la compréhension qui l'emporte est

⁴⁴² Il faut souligner l'importance de la codification suisse : si les idées de Gierke ne furent pas la source d'inspiration des auteurs du code, en Suisse, Eugen Huber, chargé de l'élaboration du code civil suisse (le code civil a été accepté le 10 décembre 1907 et est entré en vigueur le 1er janvier 1912), sous l'influence des travaux de l'auteur allemand, a accordé une attention particulière aux droits de la personnalité. Il introduisit, au début du titre premier du diplôme légal, un chapitre sur « la personnalité ». De plus, il consacra, dans l'article 28, (« Celui qui subit une atteinte illicite à ses intérêts personnels peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. ») une clause générale de protection de la personnalité, introduisant la théorie générale dans le système juridique du pays. Dans ce sens, François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, 616-617. Il est vrai que le code civil autrichien, en 1810, parlait déjà (art. 16) de droits innés « fondés sur l'unique raison pour laquelle l'homme peut être considéré comme une personne » ; tout comme le Code Civil portugais de 1867, traite des « droits originaux » (arts 359 à 368), Cependant, conformément aux idées de la plupart sur la doctrine, le code suisse est le premier à consacrer une clause de protection générale à la personnalité. Dans ce sens, Paulo Mota Pinto, "Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro" *Revista Jurídica* 51 (2003) : 98; Denis Otte Lacerda, *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*, (Porto Alegre : Fabris, 2010), 37; Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, (Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2006), 33.

⁴⁴³ La théorie des droits de la personnalité en France a été la cible de sévères critiques, spécialement à cause de la difficulté particulière de les intégrer en tant que droits subjectifs. Dans ce sens, citons P. Roubier,

celle qui reconnaît l'existence de la théorie des droits de la personnalité et de sa protection dans le droit français. La doctrine les classe de façon à les comparer aux types de droits subjectifs déjà existants (les droits réels ; les droits personnels ou droits de créance ; et les droits intellectuels)⁴⁴⁴. Pourtant, la stratégie qui a le plus prospéré entre celles qui luttent pour l'adéquation a été celle qui, critiquant un parallélisme excessif entre personnalité et patrimoine, a modifié la notion de droit subjectif, les divisant en outre en deux catégories : les droits patrimoniaux et les droits extra-patrimoniaux.

De cette façon, dans la catégorie des droits patrimoniaux, les biens seraient contenus dans le patrimoine, qui se définit comme l'ensemble des droits et des charges évaluables en argent, dans lequel les droits vont répondre des charges. Ce seraient les droits connus d'une manière classique comme des droits subjectifs réels, droits personnels ou droits de créance et les droits intellectuels. Dans le second groupe, en revanche, on trouverait ces droits subjectifs ne faisant pas partie du patrimoine du titulaire. Ce sont les biens non-évaluables en argent, car ils concernent les relations entre les hommes, mais qui peuvent générer des conséquences pécuniaires. Différemment des droits patrimoniaux, qui dérivent d'actions humaines, les droits extra-patrimoniaux auraient un caractère inné, apparaissant au même moment que la propre personnalité juridique.

Aux droits patrimoniaux, la doctrine a ajouté quelques caractéristiques, toujours dans l'objectif de la distinguer des autres droits subjectifs : ils sont donc

Droits Subjectifs et Situations Juridiques, (Paris, Dalloz, 1963), p. 375. De la même manière Nerson, par exemple, se méfie de la propre existence des droits de la personnalité et de leur qualification de droits subjectifs. Nier également aux droits de la personnalité leur caractère de droits subjectifs est la position de Paul Roubier : « on ne peut pas être frappé du fait que ces prétendus « droits de la personnalité » n'ont pas l'aspect ordinaire des droits subjectifs, car il ne peut être question d'une appropriation d'éléments comme l'image, l'honneur, etc..., qui ne sont pas des biens appropriables. Et si l'on veut pousser plus loin l'analyse, on est bien obligé de dire que la personnalité ne peut pas être l'objet de droits, alors que tous les droits sont faits pour l'homme, et qu'il en est nécessairement le sujet ». R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon : Lyon, Bosc frères, 1939).

⁴⁴⁴ Kayser, par exemple, partage les droits de la personnalité en : « I- Droits de personnalité comparables aux droits réels, qui comprennent: a) Le droit au prénom; b) Le droit à l'utilisation du nom de famille; c) Le droit de défense du nom de famille; d) Le droit de la personne sur son propre corps; e) Le droit sur le corps vivant; f) Le droit sur les restes mortels; et II- Les droits de personnalité comparables aux droits de crédit, qui comprennent: a) Le droit au respect à la vie privée; b) Le droit de s'opposer à la divulgation de la vie privée; et e) Le droit de s'opposer à une enquête sur la vie privée; d) Le droit de réponse; et e) Le droit moral de l'auteur et de l'inventeur. L'auteur en est arrivé à cette classification partant de l'analyse des pouvoirs reconnus à une personne pour lui assurer la protection d'un intérêt moral. » Dans cette idée, le titulaire du droit possède un pouvoir analogue à celui qui confère le droit réel sur la chose, objet de ce droit. L'autre pouvoir est semblable à celui concédé au créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Pour cette raison, les droits de la personnalité doivent être réunis dans ces deux groupes. Dans le premier, ceux qui ressemblent aux droits réels, dans le deuxième, ceux qui ressemblent aux droits de crédit. Les droits à la vie et à l'intégrité physique ne sont pas considérés par l'auteur comme étant des droits de la personnalité, mais comme des intérêts de l'individu, protégés par la responsabilité civile de l'offenseur. Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques" *RTD, civ* 69 (1971) : 445-509.

intransmissibles (ils ne peuvent être légués, etc), incessibles (ils ne peuvent être vendus, offerts, cédés), insaisissables (ils ne peuvent être saisis par les créanciers) et imprescriptibles, c'est à dire qu'ils ne s'éteignent pas, même lorsque certains délais se sont écoulés sans que le droit n'ait été revendiqué, en dehors du fait d'être des droits qui concernent tous les êtres humains⁴⁴⁵. Les droits de la personnalité, en conséquence, seraient, tout comme les droits de famille, des droits subjectifs extra-patrimoniaux⁴⁴⁶.

Ainsi, la doctrine française contemporaine reconnaît⁴⁴⁷ que d'une part, seules peuvent être qualifiées droits de la personnalité les prérogatives portant sur un attribut déterminé de la personnalité telle l'image⁴⁴⁸, la vie privée^{449 450}, le nom⁴⁵¹, entre autres⁴⁵². Lorsque l'atteinte concerne une valeur telle que l'honneur, la dignité, le libre

⁴⁴⁵ « On ne retrouve pas ici l'idée d'inégalité qui caractérisait le droit subjectif : inhérents à la personne humaine, les droits de la personnalité sont en effet reconnus à toute personne, ce qui les rapproche des libertés. Les droits de la personnalité font exception à cette règle, car ils appartiennent à toutes les personnes physiques. » Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité," 445-509.

⁴⁴⁶ Au moment de la formulation de Perreau, les droits extra-patrimoniaux correspondent aux mêmes droits de la personnalité. Actuellement, pourtant, dans les droits extra-patrimoniaux, en dehors des droits de la personnalité, se trouvent les droits de famille (ce sont ceux dont un individu est titulaire du fait d'appartenir à une famille : droits liés au mariage, droits réglementant les relations parents-enfants, etc).

⁴⁴⁷ Les droits de la personnalité apparaissent comme une nouvelle catégorie de droits subjectifs, par exemple, dans H. J. J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, (Paris : Montchrestien, 1967), 645-661 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit Civil*, (Paris : Sirey, 1967), 10-15 ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, (Paris : Librairies Techniques, 1961), 9.

⁴⁴⁸ V. Par exemple, TGI Paris 11 juillet 1973: JCP 1947, II, 17600, note Lindon: « Quelle que soit la notoriété d'une personne, l'atteinte au droit qu'elle a sur son image lui cause préjudice »; TGI Paris 10 nov 1976: JCP 1977, IV, 257 : « toute atteinte au droit à l'image doit être sanctionnée et réparée alors même que la victime n'établirait pas la preuve de son préjudice »; TGI Paris 10 nov 1976: JCP 1977, 277 : « l'utilisation de l'image d'un acteur sans autorisation cause, à lui-même ou à ses ayants-droits, un préjudice moral. » CA Paris 10 sept 1996 : RIDA janv. 1997, n 171, 353 : « La transgression de ce droit à l'image est de nature à provoquer chez son titulaire un dommage moral. »

⁴⁴⁹ V. Par exemple, l'arrêt du 5 nov. 1996, déclarant de manière claire que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ». Dans cette affaire qui concernait la révélation de la vie sentimentale de la princesse Caroline de Monaco, le pourvoi reprochait à la Cour d'Appel de n'avoir pas fait la distinction entre l'action en cessation de l'atteinte fondée sur l'article 9 du Code Civil, et l'action en réparation du dommage en résultant qui doit obéir aux conditions de l'article 1382 C. civ., et d'avoir accordé une réparation sans caractériser le dommage et le lien de causalité avec la faute retenue. Le pourvoi ne contestait pas que la violation du droit au respect de la vie privée puisse être constitutive d'une faute, mais fondait son argument sur les autres conditions de mise en oeuvre de la responsabilité civile, c'est à dire le préjudice et le lien de causalité.

⁴⁵⁰ Le droit de la personne sur son image apparaît aujourd'hui comme un droit nettement distinct du droit au respect de la vie privée. Il doit tout à la jurisprudence, qui l'a greffé sur l'article 9 du code civil par une interprétation très dynamique de ce texte, qui tend à faire de lui un fondement général de la protection des personnes en l'absence de textes spécifiques.

⁴⁵¹ Non seulement le nom patronymique, mais aussi le pseudonyme, défini par la jurisprudence comme « le nom de fantaisie choisi par une personne pour masquer au public sa véritable personnalité en fonction d'une activité particulière » et éventuellement le prénom lorsqu'il permet à lui seul d'identifier la personne. CA Paris 25 octobre 1961 : JCP 1961, II, 12377.

⁴⁵² Ils évoquent aussi, selon les branches du droit d'où on les considère le droit au respect de la présomption d'innocence, le droit moral de l'auteur, le droit de réponse, les droits sur les données à caractère personnel en matière de traitements, voire les droits de la personne sur son corps. Pour tous, voir : Raynaud, *Droit Civil*, 10-15.

épanouissement de la personne humaine, les sentiments, elle ne constitue pas la violation d'un droit subjectif. D'autre part, les droits de la personnalité ainsi délimités constituent une catégorie originale de droits subjectifs. Ils confèrent, certes, au titulaire un domaine réservé, mais ne répondent pas aux autres critères applicables aux droits réels, aux droits de créance et aux droits sur les biens immatériels. Ils ne sont pas susceptibles de véritable renonciation.

La particularité des droits de la personnalité par rapport aux autres catégories de droits subjectifs tient en réalité à leur caractère purement négatif, leur structure passive, c'est à dire, une situation analogue à celle du créancier d'une obligation de ne pas faire, une situation de contrôle⁴⁵³. Il y a cependant cette différence que l'obligation de ne pas faire, consistant dans la limitation de la liberté d'autrui, ne peut exister qu'à la charge d'une ou de plusieurs personnes. Le devoir juridique de ne pas divulguer la vie privée d'autrui et de ne pas s'immiscer dans celle-ci existe, au contraire, à la charge de toute personne : à l'universalité du droit correspond celle du devoir.

La distinction entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux a été la méthode par laquelle le modèle de caractérisation a encadré les droits de la personnalité dans le droit privé, en maintenant clairement la distinction entre le droit public et le droit privé. À partir des années 1950 principalement, déjà sous l'influence de la doctrine, la jurisprudence montre déjà, pour la première fois, de la sympathie envers la théorie des droits de la personnalité⁴⁵⁴.

La consécration légale des droits de la personnalité arrive seulement en 1970, quand un droit de la personnalité est consacré dans la législation : le droit à la vie privée

⁴⁵³ Les droits de la personnalité ont une structure commune qui est celle d'un droit de contrôle. [...] Elle peut s'incarner par exemple dans une rétention (par exemple, refus d'une personne de révéler des informations sur sa vie privée ou de révéler son image), une révélation (révélation sur sa vie privée, avec public de par une personne de sa culpabilité avant tout jugement de condamnation), une mise au point ou rectification (exercice du droit de réponse, exercice du droit de rectification prévu par la loi du 6 janvier 1978). Dans ce sens, et pour une étude approfondie à propos des droits de la personnalité en droit français, voir : Agathe Lepage, *Les droits de la personnalité*, (Paris : Dalloz, 2007).

⁴⁵⁴ Parmi les décisions qui font référence à la protection des droits de la personnalité, nous pouvons en mentionner une venant du Tribunal de Grande Instance de la Seine, en 1959, lequel a été invité à se prononcer sur la légalité d'un accord par lequel un artiste-interprète avait renoncé au bénéfice de certains droits, après avoir mentionné les « droits de personnalité », a jugé que le contrat sera « frappé de nullité, comme portant atteinte à un droit inhérent à la personnalité » et priva d'effet « le consentement inconditionnel à ce qu'il soit fait usage de son nom, de son effigie, et des circonstances de sa vie dans toutes les aventures qu'il plairait au contractant d'imaginer ». Le terme de « droit de la personnalité » est utilisé pour la première fois par les juges en 1965 dans l'affaire du fils de Gérard Philippe : CA Paris 13 mars 1965 : JPC 1965, II, 14223 : « la juridiction des référés peut et doit assurer la protection des droits de la personnalité ». CA 8 mars 1966 : JPC 1967, II, 14934 : « le droit au nom constitue à la fois un droit de la personnalité et un droit de famille » ; CA Paris 27 février 1967, aff. Brigitte Bardot : D.1967, 450 : « cette condamnation pécuniaire a été assortie des insertions et des publications de nature à réparer l'atteinte aux droits de la personnalité. »

(art. 9 n° 1 du Code Civil⁴⁵⁵). Le terme « droits de la personnalité », donc, est seulement mentionné pour la première fois par le législateur français en 1991⁴⁵⁶. À partir de là, une série d'autres droits seront reconnus comme droits de la personnalité par le législateur⁴⁵⁷.

2) *Les droits de la personnalité en droit allemand*

Jusqu'à la seconde guerre mondiale, malgré les importantes contributions de la doctrine allemande pour la construction d'une théorie des droits de la personnalité, ces droits ne jouissaient pas de la reconnaissance que ce soit dans la législation ou dans la jurisprudence. Pourtant, les atrocités commises à cette occasion ont généré une conscientisation de la nécessité d'un changement de paradigmes depuis le début des débats publics et constitutionnels dans la République Fédérale d'Allemagne.

Dans cet esprit, afin d'éviter la répétition des dangers d'un régime national-socialiste, on a promulgué la Loi Fondamentale pour la République Fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* - GG). Deux articles ont constitué la base d'un changement de paradigme du droit allemand, selon l'interprétation faite par le Tribunal constitutionnel allemand (*Bundesverfassungsgericht* - BverfG) : l'article 1° et l'article 2.1.

Dans son article 1.1, la GG consacre que « la dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger⁴⁵⁸ ». Pour sa part l'article 2.1 traite du droit au libre développement de la personnalité dans les termes suivants : « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole point les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale. »

⁴⁵⁵ Art. 9 « chacun a droit au respect de sa vie privée. »

⁴⁵⁶ Le terme est utilisé dans la loi du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce et de services dont l'art. 4 (art. L.711-4 CPI) dispose : « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment [...] g) Au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image » ; cet article a été abrogé par la loi n° 92-597 du 1111 juillet 1992.

⁴⁵⁷ Citons, par exemple, les articles 9-1 (modifié par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000) ; 16 (créé par Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) et 16-1 (créé par Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) du Code Civil, qui disposent, respectivement, sur le droit à la présomption d'innocence, la dignité de la personne et le droit au respect du corps humain.

⁴⁵⁸ Et l'article, intitulé « Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique », continue : « 1.2 En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. 1.3 Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable. »

La dignité de la personne humaine, telle qu'elle est inscrite dans l'article 1^o, a été interprétée par le *BVerfG* comme un « principe constitutionnel fondamental⁴⁵⁹ », c'est à dire, un bien absolu, qui ne peut être lésé par quiconque, les sujets de droit privé inclus ainsi que tout le pouvoir d'État ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En outre, dans la deuxième partie de ce dispositif, il y a la mention de la promotion de la protection et du respect à la dignité qui ne se complète pas seulement au moyen d'une attitude passive, dans le sens de respecter (*achten*), mais aussi d'une manière identique, d'une obligation d'agir, ou de protéger activement (*schützen*), ce qui a amené le même Tribunal Constitutionnel Allemand (TCA) à comprendre qu'on exige ici une intervention de l'état dans le sens de sa concrétisation.

Ainsi, la dignité de la personne humaine, qui commence à être considérée, matériellement et formellement, comme le fondement de l'ordre constitutionnel au sein duquel se situe l'être humain, impose aux pouvoirs publics une double obligation : l'une négative, s'abstenir d'attenter aux droits protégés dans la Loi Fondamentale (*Eingriffsverbot*) et l'autre positive, d'adopter toutes les mesures pour assurer la protection des droits garantis par la Loi Fondamentale (*Grundrechte als Schutzgebote*). Pour garantir cette protection de la dignité humaine, spécialement dans l'obligation positive de l'État, le *BverfG* a commencé à adopter quelques théories qui commençaient à reconsidérer les limites entre droit public et droit privé, luttant pour une application directe des normes constitutionnelles aux relations entre particuliers.

L'article 2.1 quant à lui traite du *libre épanouissement de la personnalité*, adoptant un terme déjà amplement mentionné par la doctrine allemande depuis Gierke. Ce droit à un libre développement de la personnalité commence à être compris par la jurisprudence, en principe, comme un droit de liberté (*Freiheitsrecht*), dont l'objectif est la défense et la garantie de toutes ces sphères ou espaces de la personne qui contribuent au développement de sa personnalité, à partir de l'intégrité personnelle (tant physique que mentale) jusqu'à la liberté de mouvement, considérant le fait que le sujet ne se développe pas de forme isolée dans la société. On lui attribue un ample contenu, dû, en grande partie, à la sensibilisation qui existait déjà dans la société allemande après l'expérience du national-socialisme envers l'importance du libre développement de la personnalité.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Dans l'affaire Lüth : BVerfGE 7, 198.

⁴⁶⁰ Pour un approfondissement sur les changements dans le droit allemand advenus à cette période avec les répercussions négatives du nazisme, vérifiez, par exemple, Antonio Pinto Monteiro et Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos fundamentais e Direito Privado : uma perspectiva de direito comparado* (Almedina : Coimbra, 2007), 225 et suiv. ; et Micheline Decker, *Aspects internes et internationaux de la protection de*

C'est cet article de la Loi Fondamentale qui permet l'adoption de la théorie générale des droits de la personnalité, qui jusqu'à présent, comme on l'a vu, était rejetée par la jurisprudence et par la loi.

L'adoption de la théorie des droits de la personnalité en Allemagne, ainsi, a eu lieu de forme assez distincte par rapport au modèle français. Pour avoir eu lieu dans un pays qui se redémocratisait, après maintes années passées à produire des lois sympathisantes au totalitarisme, le *BverfG* commença à donner à la constitution une forme normative différenciée de celle confiée aux instruments légaux du droit public. À cause de cette tâche démocratique de la législation infra-constitutionnelle, on a construit une jurisprudence qui permettait que des normes constitutionnelles, lesquelles traitaient de garanties fondamentales, dont la vocation au sens classique était de défendre l'individu contre les abus du pouvoir public, soient également appliquées à la protection de particuliers devant d'autres particuliers, phénomène que l'on a convenu d'appeler d'efficacité horizontale des droits fondamentaux.⁴⁶¹

Au Brésil, le modèle de protection de la dignité de la personne humaine dans le droit privé a subi de nombreuses influences du modèle français mais surtout de celui d'Allemagne.

la vie privée en droit français, allemand et anglais, (Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001), 72 et suiv.

⁴⁶¹ Le terme « *Grundrechte* », dont la traduction littérale serait « droits fondamentaux », est utilisé dans la littérature juridique allemande pour désigner les « libertés » (« *freiheitsrecht* ») qui ont été incorporées dans le droit interne d'un État déterminé, se trouvant normalement dans les normes constitutionnelles. Une telle caractérisation est faite pour les différencier des « droits humains » (« *Menschenrechte* »), qui sont les « libertés » reconnues dans la sphère internationale, non nécessairement incorporées aux normes d'un État déterminé. Expliquant mieux cette distinction, le juriste portugais Gomes Canotilho : « Selon son origine et sa signification, nous pourrions les distinguer de la manière suivante : les droits de l'homme sont des droits valables pour tous les peuples et dans tous les temps (dimension jus-naturaliste-universaliste); les droits fondamentaux sont les droits de l'homme, juridico-institutionnellement garantis et limités dans l'espace et dans le temps. Les droits de l'homme sont censés arracher la propre nature humaine et de là vient leur caractère inviolable, intemporel et universel ; les droits fondamentaux seraient les droits objectivement en vigueur dans un ordre juridique concret. » Joaquim J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, (Coimbra : Almedina, 1992), 529. Ainsi, chaque fois que dans ce travail nous prendrons comme référence les « droits fondamentaux », il faudra être attentif au fait que l'expression se référera à ces droits de liberté dont la source juridique est la constitution. Sur les difficultés d'organisation de ces termes, spécialement dans le contexte du droit français, voir Lawrence Bugorgue-Larsen. Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. Jean-Bernard Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, (Paris : Dalloz, 2013), 208. Pour une comparaison conceptuelle entre les droits français, allemand et italien des termes mentionnés, voir Antonio E. Perez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*, (Madrid : Tecnos, 1995), 505, pour qui, « la distinction germanique entre *Menschenrechte* et *Grundrechte*, la française entre droits de l'homme et libertés publiques ou l'italienne entre *diritti umani* e *diritti fondamentali* répond à la respective dualité de plans (prescriptif et descriptif) et au différent niveau de positivité de chacune des deux catégories (sources différentes) ».

§ 2^o Les Droits de la personnalité dans le droit brésilien

Au Brésil, bien qu'il y ait longtemps que des études aient défendu l'incorporation de la théorie des droits de la personnalité dans le droit national (A), c'est seulement avec la constitution de 1988 que la jurisprudence commence à consolider un esprit favorable à son application. Quant à la reconnaissance légale, le code civil brésilien de 2002⁴⁶², applicable aux rapports de travail, vient apporter des dispositifs concrets sur le thème (B).

A. Construction de la théorie : inspiration dans la dogmatique européenne

Le droit, dans le Brésil colonial, a subi le même sort que celui de la culture en général : les deux n'ont pas été l'œuvre de l'évolution progressive d'une expérience de groupe. La condition de colonisés a entraîné le surgissement de tout phénomène de manière imposée et non bâtie dans des rapports sociaux au jour le jour, dans l'affrontement sain des positions et des pensées constructives et divergentes, enfin, de la dialectique de forces des différents segments formant l'ensemble social⁴⁶³.

Même après l'indépendance, en 1822, le Brésil était dirigé par les Ordonnances Philippines⁴⁶⁴ jusqu'en 1917⁴⁶⁵, ce qui explique pourquoi, en dépit de sa genèse portugaise, telle codification ressort d'une analyse indispensable à toute recherche portant sur l'évolution du droit brésilien.

La tutelle de la personnalité dans le droit médiéval portugais vint se placer dans la matrice du droit romain de Justinien, tel qu'il était compris par les principaux

⁴⁶² Loi n. 10.406, du 10.01.2002.

⁴⁶³ C'est pourquoi Pontes de Miranda affirme que « le Droit au Brésil ne peut pas être étudié à partir de semences ; né de la tige de la plante, que le colonisateur portugais - des gens de fort tempérament, dans le turbulent XVI^e siècle et le calme XVII^e siècle - alors qu'on finalise la découverte de l'Amérique - a apporté et a greffé dans le nouveau continent. » Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, (São Paulo : Forense, 1981), 27.

⁴⁶⁴ Le Droit portugais pré-républicain a eu trois codifications: (a) les Ordonnances Alphonsines, une compilation achevée et publiée en 1446, dont les sources ont été le droit romain, le droit germanique et le droit canonique, (b) les Ordonnances Manuelines, publiées en 1521, dont les principales réformes ont été la disparition des dissymétries entre maures et chrétiens, (c) les Ordonnances Philippines, publiées en 1603, par Philippe II, lors de l'unification ibérique, qui, comme on l'a dit, est resté en vigueur au Brésil jusqu'en 1917. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 27-62.

⁴⁶⁵ Le Code civil brésilien de 1916 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1917, selon déterminait son article 1.806.

glossateurs et par les commentateurs. Les Ordonnances déterminaient que le *Corpus Iuris Civilis*, la Glose d'Accursio et les Commentaires de Bartolo soient respectés par les tribunaux comme droit subsidiaire. De plus, à l'intérieur de son corps, il y a des sanctions pour ceux qui tuent, ou blessent ou tirent à l'arquebuse ou à l'arbalète, des sanctions pour les auteurs et les diffuseurs de lettres diffamatoires, et des sanctions pour les commérages⁴⁶⁶. Ainsi, durant la période de validité des Ordonnances Philippines au Brésil (1603-1916)⁴⁶⁷, les biens de la personnalité étaient protégés par l'*actio injuriarum* du droit romain⁴⁶⁸.

Plusieurs tentatives de codification ont été faites dans la période impériale, à commencer par la plus célèbre, en charge de Teixeira de Freitas⁴⁶⁹, qui est resté aussi stérile en termes de résultat final concret que celles qui lui ont succédé.

Il faut se rappeler que, comme le haut Moyen-Âge européen, le Brésil impérial se caractérisait également par la différenciation juridique des statuts personnels : l'abolition de l'esclavage ne se produirait que juste avant la proclamation de la République en 1888. En vertu du droit alors en vigueur, l'esclavage était considéré comme un « bien rural traité juridiquement comme les bœufs, c'était une chose, privée de tout droit⁴⁷⁰ ». Cependant, les mêmes droits qui autorisaient la punition du seigneur propriétaire qui châtiât trop l'esclave, faisaient que celui-ci pourrait être tenu responsable *personnellement* pour les crimes qu'il aurait pu commettre. C'était somme toute assez commun au Brésil du XIX^{ème} siècle - et ça l'est devenu encore plus à l'approche de la République - que les esclaves, par divers moyens, réussissent à être affranchis, quittes à perdre leur droit par la suite⁴⁷¹.

C'est cette forme transitoire de l'état civil de l'esclave qui rendait impossible

⁴⁶⁶ Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 55.

⁴⁶⁷ La longévité des Ordonnances Philippines au Brésil a été due à la difficulté de préparation d'un code national, qui n'est apparu qu'en 1916. En fait, dans l'année suivante à l'indépendance brésilienne, on avait déjà décrété que la législation civile portugaise - alors représentée par les Ordonnances Philippines, - ne resterait en vigueur que provisoirement jusqu'à ce que l'on organise un nouveau code, ce qui serait bientôt converti en contrôle réglementaire par la Constitution de 1824.

⁴⁶⁸ Art.179, XVIII. Sur l'*actio injuriarum* romaine, voir Rudolph V. Jhering, *Actio Injuriarum : lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, (Paris : Librairie Marescq, 1888).

⁴⁶⁹ Il convient de noter que, malgré l'échec du projet de Teixeira de Freitas, au Brésil, celui-ci a influencé l'élaboration de plusieurs codes civils en Amérique Latine. Dans les mots de Pontes de Miranda, « Teixeira de Freitas a été au XIX^{ème} siècle, le génie du droit civil en Amérique. La consolidation des lois civiles, dont les notes sont de magnifiques sources de la doctrine, et l'esquisse du Code Civil représente ce qu'il avait de meilleur, en droit civil, à travers l'Amérique. Il est devenu l'inspiration des codes civils américains apparus après 1860 [...] Ce projet qui a échoué au Brésil a été un succès ailleurs, en Argentine, en Uruguay, au Paraguay. » Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 63.

⁴⁷⁰ Keila Grindberg, *Código Civil e cidadania*, (São Paulo : Jorge Zahar, 2001), 52-53.

⁴⁷¹ Keila Grindberg, *Código Civil e cidadania*, 52-55.

sa conceptualisation juridique : comment légiférer sur des êtres humains qui parfois étaient des choses, parfois des gens ? Cela s'est avéré être un grand obstacle pour Teixeira de Freitas, le plus célèbre juriste impliqué dans les premières tentatives de codification. Dans l'introduction à sa *Consolidation des lois civiles*, il en vient à mentionner qu'il avait choisi de ne point inclure les esclaves dans son projet de code, évitant de le noircir « avec des dispositions honteuses, qui ne peuvent pas servir pour la postérité : que l'état de liberté reste sans son corrélatif odieux⁴⁷² ». Sa proposition pour remédier à ce problème, la confection d'un *Code noir*⁴⁷³, ne serait jamais écrite, de même que son propre projet de code civil⁴⁷⁴.

Portant spécifiquement sur la Constitution Impériale (1824-1891), nous observons dans les 35 dispositions de l'article 179, une multitude de *Droits Civils et Politiques des Citoyens Brésiliens*. De la lecture du *caput*, nous percevons que les esclaves et les étrangers résidant dans le pays sont mis à l'écart. Les droits de la personnalité leur étant consacrés sont : la liberté, l'inviolabilité du domicile (article VII), les droits d'auteur (article XXVI) et le secret épistolaire (article XXVII). Il est intéressant de noter que la liberté religieuse était subordonnée au respect de la religion officielle de l'Empire (« nul ne peut être poursuivi pour des raisons de religion, s'il respecte celle de l'État, et s'il n'offense pas la Morale Publique », article V). Cependant, il est à noter, comme indiqué ci-dessus, la consécration de ces droits en tant que frein au pouvoir arbitraire de l'État.

Le Code Civil de 1916 n'a pas fait référence aux droits de la personnalité. Ils ont été omis, satisfaisant le législateur avec les garanties individuelles protégées par l'art. 72 de la Constitution de 1981⁴⁷⁵. On a préféré la protection de la catégorie mentionnée

⁴⁷² Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Cíveis*, (São Paulo : Garnier, 1876), LXXVII.

⁴⁷³ « Il nous faut avertir qu'il n'y a qu'un seul endroit dans notre texte où il parle des esclaves. Nous avons, en effet, l'esclavage parmi nous, mais si ce mal est une exception, que nous regrettons, condamnés à mourir dans un temps plus ou moins distant, créons aussi une exception, un chapitre séparé dans la réforme de nos lois civiles, et ne noircissons pas de dispositions honteuses, qui ne peuvent servir pour la postérité ; que l'état de liberté reste sans son corrélatif odieux. Les lois relatives à l'esclavage (qui ne sont pas si nombreuses), seront en conséquence classées à part et formeront notre *Code noir*. » Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Cíveis*, LXXVIII.

⁴⁷⁴ Son Ébauche de Code Civil traitée dans l'article 16 des personnes, disant que « tous les êtres capables d'acquisition de droits sont des personnes ». L'article qui suit a déclaré que les personnes sont d'existence visible (personne physique) ou d'existence idéale (personne morale). L'Ébauche, toutefois, ne contenait aucune disposition relative aux droits de la personnalité. Dans ce sens, Keila Grinberg, *Código Civil e cidadania*, 50-51.

⁴⁷⁵ L'article 72 de la Constitution républicaine de 1891 (Brésil) présentait une longue et solennelle énumération des droits et garanties, comme par exemple l'égalité devant la loi (§2), l'inviolabilité du domicile (§11), la liberté de pensée (§12), la protection du secret des correspondances (§18), l'intransmissibilité de la sanction (§19).

des droits subjectifs par sa tutelle pénale, le code pénal de 1940 ayant protégé certains droits de la personnalité dans son corps répressif. C'est seulement avec l'évolution de la jurisprudence et le travail de la doctrine des juristes brésiliens qu'ont émergé des lois qui portent sur les droits de la personnalité, à savoir: la Loi n° 4117-62, dénommée de code brésilien de communications, concernant des crimes contre le service postal, et la loi n° 5.479-68, concernant le prélèvement et la transplantation de tissus, les organes et les parties du cadavre pour une utilisation à des fins thérapeutiques et scientifiques ainsi que la loi n° 5.988-73, qui régleme les droits d'auteur.

Les études juridiques brésiliennes relatives aux droits de la personnalité, postérieures au code civil de 1916 jusqu'à la promulgation de la Constitution de 1988 n'ont pas eu une répercussion satisfaisante. Peu d'auteurs se sont souciés de ce sujet important, et les meilleures œuvres de cette période ont été consacrées à l'étude de la tutelle pénale de la personnalité humaine et de ses manifestations⁴⁷⁶.

B. La consécration de la théorie : protection des droits de la personnalité du travailleur par l'application du Code Civil de 2002

Avec ce nombre important de droits reconnus par la Constitution Fédérale de 1988, la doctrine et la jurisprudence sont en meilleure position pour défendre l'incorporation de la théorie des droits de la personnalité dans le droit interne, influençant, d'ailleurs, la législation nationale postérieure à sa promulgation, comme l'est le Code Civil brésilien de 2002, qui a réglemé les droits de la personnalité dans la partie introductive de son texte (Partie Générale- Livre I- Des Personnes- Titre I- Des Personnes Physiques- Chapitre II- Des droits de la personnalité), comme précédemment en contenait le projet lui-même, faisant un pas de plus en ce qui concerne le Code Civil de 1916 par rapport à la question.

Ainsi, si les droits de la personnalité trouvaient une réglementation rare et marginale dans la législation codifiée précédemment, le Nouveau Code traite de façon systématisée de la matière, y compris la discussion des aspects actuels des réflexes de la technologie face aux droits. Si cela s'opère ainsi, la réglementation du sujet ne s'épuise

⁴⁷⁶ Elimar Szaniawski, *Direitos da personalidade e sua tutela* (São Paulo : RT, 1993), 40.

pas, mais elle en recueille au moins les principes et les traits fondamentaux pour l'orientation de l'interprète.

On relèvera que, même si la législation brésilienne du travail ne détient pas de disposition sur les droits de la personnalité, la jurisprudence peut appliquer le Code Civil dans les rapports de travail les concernant. C'est parce que l'art. 8° de la CLT expose que « le droit commun [droit civil, par exemple] deviendra une source subsidiaire du droit du travail ». Ainsi, toutes les dispositions au sujet des droits de la personnalité contenues dans le code civil, dès qu'elles seront compatibles avec le droit du travail, et avec la protection de la dignité de l'employé, seront applicables.

Ainsi, la réglementation de la matière dans le code civil commence par l'énoncé du caractère essentiel de l'article 11, qui affirme catégoriquement le caractère essentiel de ces droits en leur donnant certaines de leurs caractéristiques fondamentales : « sauf dans les cas prévus par la loi, les droits de la personnalité sont intransmissibles et inaliénables, leur exercice ne pouvant pas subir de limitation volontaire. » Les hypothèses sur la transmissibilité des droits de la personnalité se produisent, surtout, lorsqu'il s'agit de transplantations et de dons d'organes autorisés par le titulaire du droit physique de la personnalité. Il n'y a pas beaucoup plus d'hypothèses pour lesquelles la loi autorise la renonciation ou la cession de droits très personnels⁴⁷⁷. La clause « sauf dans les cas prévus par la loi » fonctionne plutôt comme un dispositif pour éviter les contradictions légales dans les questions pour lesquelles la participation volontaire, les dons, autorisés par l'agent, sont d'une grande importance⁴⁷⁸.

Dans l'article 12, lorsque le législateur affirme « on peut exiger que cesse la menace, ou l'atteinte, au droit de la personnalité, et réclamer des dommages et intérêts, sans préjudice des autres sanctions prévues par la loi, et à son paragraphe unique, que dans le cas d'une personne morte, le conjoint survivant aura la légitimation pour réclamer la mesure prévue dans le présent article, ou tout autre parent en ligne directe ou collatérale jusqu'au quatrième degré », il vise à donner une plus grande portée à la tutelle des droits très personnels, face à tout type de menace ou d'embarras, actuels, passés ou futurs, y compris les droits du *de cuius*. D'ailleurs, le texte du code protège l'esprit du législateur constitutionnel, lorsque, au principe de prohibition de l'autodéfense aussi nommé de principe de l'action et de l'accès au Pouvoir Judiciaire, il garantit les droits à l'encontre

⁴⁷⁷ Pablo S. Gagliano et Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil* (São Paulo : Saraiva, 2008), 233.

⁴⁷⁸ Gagliano et Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil*, 240.

de toute atteinte réelle ou de toute menace pour le droit⁴⁷⁹.

À son tour, la catégorie des droits physiques de la personnalité (droit à la vie, droit au corps, le droit à des parties du corps...) trouve méticuleuse la disposition du législateur dans le Nouveau Code, voir les dispositions des articles 13 à 15. En fait, dans ce plan, le législateur a jugé bon de prévoir, dans l'article 13, « qu'à l'exception d'une prescription médicale, l'acte de disposition du propre corps est défendu, lorsqu'il y a diminution permanente de l'intégrité physique, ou qui soit contraire aux bonnes mœurs », en comptant encore sur le paragraphe unique qui affirme que « l'acte prévu dans le présent article sera admis pour les fins de transplantation, comme établi par une loi spéciale⁴⁸⁰ ». En outre, il faut considérer comme « valable, avec des fins spécifiques, ou altruiste, la disposition du corps, en tout ou partie, après la mort », comme le prévoit l'article 14, souhaitant par cela, éviter le commerce illicite du corps, ainsi que pour favoriser l'esprit altruiste et la contribution au progrès de la science, comme l'a indiqué le texte. Toutefois, en répondant à une série de controverses polémiques suscitées par la matière du biodroit, le législateur prévoit, dans l'article 15, que « nul ne peut être contraint de se soumettre, au risque de mort, à un traitement médical ou à une intervention chirurgicale ».

Quant à la protection de l'intégrité physique en tant que droit de la personnalité, il existe également certains dispositifs de la CLT apportant une protection déterminée en rapport avec ceux-ci.

L'intérêt principal de la CLT semble être la protection de la vie privée dans son aspect physique. L'art. 157 de la CLT établit une liste de devoir pour l'entreprise, entre lesquels exécuter et faire exécuter les normes de sécurité et la médecine du travail. L'art. 483, a, de la CLT voit comme une des hypothèses de résiliation indirecte une exigence d'efforts dépassant les forces de l'employé. L'art. 483 de la CLT qu'il existe un danger manifeste d'un dommage considérable comme une autre hypothèse de résiliation indirecte du contrat par l'employé. L'offense physique dont il peut être victime de la part de l'employeur conduit également à une résiliation indirecte, conformément à l'art. 483, f de la CLT. Toutes ces hypothèses mènent vers la tutelle de l'intégrité physique. Il existe également des dispositions provisionnelles qui considèrent d'autres aspects des droits de la personnalité indirectement liés à l'information, comme les actions préjudiciables à l'honneur et à la réputation de l'employé (art. 483, e de la CLT).

⁴⁷⁹ Cf. l'article 5, XXXV de la Constitution Fédérale, qui prévoit que « la loi n'exclut pas l'examen de la part du Pouvoir Judiciaire d'une atteinte ou d'une menace pour le droit ».

⁴⁸⁰ La Loi 9.434, du 04.02.1997 et la Loi 8.501, du 30.11.1992.

Un droit important d'identification de la personnalité humaine, car il s'agit du lien entre l'individu et la société, c'est celui de l'article 16 : « Toute personne a droit au nom, y compris au prénom et au patronyme⁴⁸¹ ». De plus, la disposition de l'article 17 peut gérer un certain étonnement à cause de l'originalité avec laquelle elle s'inscrit⁴⁸². Ici, le législateur offre une large protection à la personne humaine face à des attaques, communes et quotidiennes, à l'honneur (subjective et objective), grâce à l'utilisation de ce nom dans les publications et expositions, en dépit des intentions non-diffamatoires (*animus jocandi*)⁴⁸³. On protège ici, non seulement le nom, mais plutôt l'honneur également classé parmi les droits de la personnalité de caractère moral.

Dans l'article 20, il y a une disposition traitant directement du droit à l'honneur, en attestant que « sauf si elles étaient autorisées ou nécessaires à l'administration de la justice ou au maintien de l'ordre public, la divulgation des écrits, la transmission des mots, ou la publication, l'affichage ou l'utilisation de l'image d'une personne pourront être interdites à sa demande et sans préjudice de la réparation le cas échéant, si l'honneur, la bonne réputation ou la respectabilité sont touchés, ou si elles sont destinées à des fins commerciales ». Le droit à l'honneur, avec des projections dans la vie et *post mortem*, qui vise la tutelle des projections de la personne humaine dans la société, est susceptible d'être blessé par n'importe quel moyen, qu'il le soit par l'écrit, verbal ou sonore, le législateur étant prêt à promouvoir sa protection dans toute son ampleur.

Une autre disposition à fort caractère fondée sur des principes et instrumentale dans le code civil de 2002 est celle contenue dans l'article 21, qui dit à propos du droit à la vie privée, à la confidentialité, à la réserve, au fait d'être seul, à l'intimité et à la pudeur que « la vie privée de la personne est inviolable, et le juge, à la demande de la personne concernée, prend les mesures nécessaires pour empêcher ou pour mettre fin à l'acte contraire à cette norme ». D'ailleurs, un tel dispositif est inspiré par le texte constitutionnel, quand il dit que « sont inviolables l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes, garantissant le droit à une indemnité pour dommage matériel ou moral résultant de la violation⁴⁸⁴ ».

⁴⁸¹ L'enregistrement du nom demeure régi par la Loi n° 60115/73 (Loi sur les enregistrements publics).

⁴⁸² « Article 17 : Le nom de la personne ne peut pas être utilisé par une autre personne dans des publications ou des représentations qui l'exposent au mépris public, même quand il n'y a aucune intention diffamatoire. »

⁴⁸³ « La portée de cette disposition étonne, car elle atteint toutes les formes de manifestation publique, écrite ou orale (théâtre, cinéma, conférence, cours, article de journal, article de revue, livre, critiques publiques...) où le mépris se manifeste avec l'utilisation du nom de la personne qui détient le droit offensé. » Eduardo C. B. Bittar, *Os direitos da personalidade* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006), 11.

⁴⁸⁴ Article 5, X de la Constitution de 1988.

Par ailleurs, en dehors de ce chapitre II du titre I, du Livre I du code civil, nous trouvons une autre clause de la responsabilité aquillienne, d'importance capitale pour la reconnaissance du droit à la réparation du préjudice moral, ce qui correspondait à la disposition de l'article qui précède, l'article 159 du Code de 1916, qui dans le code correspond à l'article 186 (Titre III du Livre I) : « Celui qui, par une action ou omission volontaire, négligence ou imprudence, viole le droit et porte préjudice aux autres, même si c'est exclusivement moral, commet un acte illicite. »

Ces dispositions sont toutes utilisées par la jurisprudence brésilienne lors de la limitation de l'exercice du pouvoir de l'employeur dans les rapports du travail. Par contre, il y a aussi des normes constitutionnelles (droits fondamentaux) qui sont appliquées directement aux rapports privés par la jurisprudence, même si on a déjà des règles de droit privé sur le thème.

Section II : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits fondamentaux

Si on constate que dans un grand nombre d'arrêts en matière de limitation du pouvoir de l'employeur les magistrats justifient cette limitation en appliquant des dispositions du Code civil de 2002 aux rapports de travail subordonné, dans une autre partie des cas, les juges adoptent le mécanisme d'interpréter les droits fondamentaux prévus dans la Constitution de 1988 d'une manière à leur donner des effets horizontaux⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Cette théorie a acquis beaucoup de prestige non seulement auprès de la Justice du Travail, mais aussi par le Suprême Tribunal Fédéral. Voir, par exemple, l'arrêt suivant, où le Ministre affirme « qu'il est certain qu'aucune norme constitutionnelle [...] ne peut être interprétée seule. La Constitution de la République se caractérise par un compromis particulier entre des forces politiques divergentes, lesquelles en 1988 se sont unies afin de définir un destin collectif en commun, marquant de ce fait le rôle des pouvoirs politiques au travers des règles et des principes définis dans le pacte constitutionnel. Il s'agit d'un compromis dès lors que la base plurielle de la société, à ce moment constituant, donnait une importance à des valeurs disparates, sans aucune univocité idéologique, provoquant une cohabitation, par exemple, de la liberté d'expression (CRBF, art.5°, IV) et du droit à l'intimité (CRBF, art. 5°, X), de la protection du consommateur (CRFB, art. 5°, XXXII, et art.170, V) et du principe de libre initiative (CRFB, art. 170, caput), et de beaucoup d'autres cas. Cependant, sur ce chemin pour atteindre la finalité se cachant derrière ce pacte politique complet, laquelle consiste en une construction d'un État brésilien caractérisé surtout par une société de plus en plus libre, juste et égalitaire, désirant toujours plus améliorer la qualité des services juridictionnels offerts à tous les brésiliens, leur offrant une justice compromise, principologique, efficace et rapide, il peut arriver que se heurtent des valeurs également chères au texte constitutionnel. Dans ces cas, [...] il s'impose, comme l'enseigne la nouvelle théorie de l'interprétation constitutionnelle, l'harmonisation prudente et la concordance pratique des énoncés constitutionnels en jeu, afin que chacun ait son champ respectif de protection assuré, comme conséquence du principe d'unité de la Constitution. En d'autres termes, il

Pas seulement dans la jurisprudence, mais aussi dans la doctrine brésilienne il y a beaucoup de travaux qui soutiennent qu'il faut reconnaître une force normative aux dispositions constitutionnelles⁴⁸⁶ (§ 1^o : *Les transformations dans le rôle des normes constitutionnelles de droits fondamentaux dans le droit brésilien*) et qu'il faut les appliquer aussi aux rapports entre particuliers - parmi lesquels les rapports de travail subordonné⁴⁸⁷ (§2^o : *Application des droits fondamentaux dans les rapports de travail subordonné*).

§ 1^o Les transformations dans le rôle des normes constitutionnelles de droits fondamentaux dans le droit brésilien.

Le « néo-constitutionnalisme » est le terme normalement employé par la doctrine brésilienne pour désigner les transformations dogmatiques que le droit brésilien a subi à la promulgation de la constitution de 1988, orientées par une philosophie post-positiviste⁴⁸⁸.

appartient à l'interprète d'harmoniser les normes constitutionnelles dont les limites ne semblent pas être nettes à première vue, en assurant la plus ample efficacité à la totalité normative de la Constitution, sans qu'aucun de ses vecteurs ne soit relégué au néant, dépourvu d'efficacité normative. (Dans ce sens va la doctrine nationale approuvée, v.g. : José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 672-700; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 493-530; Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343-365). » STF, MS:26756DF, Luiz Fux, 11/11/2013.

⁴⁸⁶ Pour Sarlet, les droits fondamentaux « expriment des valeurs que l'État doit non seulement respecter, mais aussi promouvoir et être attentif à leur respect, dans une posture active, étant, ainsi, les débiteurs d'une protection globale des droits fondamentaux. » Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*, (Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011), 402.

⁴⁸⁷ Parmi les auteurs ayant développé ce concept au Brésil, nous citons Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, (Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006); Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais*, (Rio de Janeiro : Renovar, 2003). Parmi les auteurs ayant critiqué ce concept, Lenio L. Streck, *Verdade e Consenso : Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, (São Paulo : Saraiva, 2017) ; Susanna Pozzollo "Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição?" *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 7 (2006) ; Luana Paixão Dantas do Rosário "O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito" *Revista de Informação Legislativa Brasília* , 47 (2010).

⁴⁸⁸ Citons Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, (São Paulo : Saraiva, 2017), 265 et suiv. ; Ingo Wolfgang Sarlet, *Curso de direito constitucional*, (São Paulo : Saraiva, 2017), 247 et suiv. ; Gilmar F. Mendes, Paulo G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, (São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015), 135 et suiv. ; Luiz Guilherme Marinoni, *Novo curso de processo civil*, (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), 79 et suiv. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, (Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015) ; Gilmar F. Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, (São Paulo : Saraiva, 2004) ; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e Relações privadas*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004) ; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da lei*,

Il advient, à la suite notamment de deux aspects de la théorie de la constitution post-positiviste : une expansion de la juridiction constitutionnelle (connue comme *constitutionnalisation du droit*) (A) ; une inclinaison de la jurisprudence brésilienne vers la reconnaissance d'une force normative à la constitution, altérant l'herméneutique constitutionnelle (B).

A. Constitutionnalisation du droit : expansion de la juridiction constitutionnelle

La « constitutionnalisation des branches du droit⁴⁸⁹ » ainsi qu'on l'appelle constitue un effet expansif des normes constitutionnelles, dont le contenu matériel et axiologique répand, avec force normative, à travers toutes les normes juridiques, c'est à dire, les valeurs, les fins publiques ainsi que les comportements considérés dans les principes et dans les règles de la Constitution en viennent à conditionner la validité et le sens de toutes les normes du droit infra-constitutionnel⁴⁹⁰.

(São Paulo : Saraiva, 2017), 303 et suiv. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais*, (Rio de Janeiro : Renovar, 2003).

⁴⁸⁹ Parmi de très nombreux écrits sur le sujet, L. Favoreu, *L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit* (Paris : Economica, 1982), 235-244 ; et Michel Verpeaux "Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit," *RFDA*, 6 (2014) : 1203. Dont nous pouvons nous référer à René Savatier comme l'un de ses représentants les plus importants. René Savatier, *Du droit civil au droit public*, (Paris : Pichon et Durand, 1950).

⁴⁹⁰ « Relativement au Pouvoir Législatif, la constitutionnalisation(i) limite sa discrétion ou sa liberté dans l'élaboration des lois en général et (ii) lui impose un certain nombre de devoirs d'action en vue de la réalisation des droits et des programmes constitutionnels. En ce qui concerne l'Administration Publique, en plus de (i) limiter sa discrétion, (ii) elle lui impose des devoirs de conduite et encore, (iii) lui fournit un fondement de validité pour la pratique d'actes d'application directe et immédiate de la Constitution, indépendamment de l'intervention du législateur ordinaire. Relativement au Pouvoir Judiciaire, elle sert de paramètre au contrôle de constitutionnalité qui doit être exercé par ce dernier (par incident et par action directe), de même qu'elle, (ii) conditionne l'interprétation de toutes les normes du système. Finalement, pour les particuliers, elle établit des limites à l'autonomie de la volonté dans les domaines comme la liberté contractuelle ou l'usage de la propriété privée, en les subordonnant à des valeurs constitutionnelles et au respect des droits fondamentaux. » Luis Roberto Barroso, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil," *Themis* 4,2 (2006) : 13-100.

Ce phénomène, apparu dès les Constitutions allemande⁴⁹¹ et italienne⁴⁹², se rencontre dans les pays ayant connu des dictatures, comme le Portugal avec la Constitution de la République Fédérative du 2 avril 1976⁴⁹³, l'Espagne avec celle du 27 décembre 1978⁴⁹⁴ ou, pourquoi pas, la Constitution Fédérale du Brésil du 5 octobre 1988⁴⁹⁵.

La France n'a pas fait ce choix en 1958⁴⁹⁶. La Constitution de 1958 ne prévoyait pas de contrôle de la constitutionnalité (que ce soit par ailleurs dans les modèles européen ou américain) puisqu'elle a opté pour une formule différente : celle du contrôle à priori, exercé par le Conseil Constitutionnel dans le cas de certaines législations avant qu'elles n'entrent en vigueur. Il a fallu attendre la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 intégrant le Préambule dans la Constitution⁴⁹⁷, précédée par celle n° 70-39 DC du 19 juin

⁴⁹¹ Il existe un consensus pour situer la référence initiale du processus de constitutionnalisation du Droit en Allemagne. Là, sous le régime de la Loi Fondamentale de 1949, le Tribunal Constitutionnel Fédéral a consacré les développements doctrinaux déjà établis depuis longtemps, et a décidé que les droits fondamentaux, hormis leur dimension subjective de protection des situations individuelles, exerçaient une autre fonction : celle d'instituer un ordre objectif de valeurs. Le système juridique doit protéger des droits et des valeurs déterminés, non seulement pour le bénéfice d'une ou de plusieurs personnes, mais dans l'intérêt général de la société. De telles normes constitutionnelles conditionnent l'interprétation de toutes les branches du Droit, public ou privé, et obligent les Pouvoirs étatiques. Sur le thème, voir aussi Michel Verpeaux, *Code civil et constitution(s)* (Paris : Economica, 2005), 85 et suiv.

⁴⁹² Ce n'est qu'après l'installation de la Cour Constitutionnelle - mais dès sa première décision - que les normes constitutionnelles des droits fondamentaux ont commencé à être appliquées directement, sans l'intermédiaire du législateur. La Cour a développé un ensemble de techniques pour rendre ses décisions³¹, étant donné la résistance profondément ancrée des cours ordinaires à laquelle elle a dû faire face, principalement celle de la Cour de Cassation, ce qui a donné lieu à une certaine époque à des désaccords que l'on a dénommés la 'guerre des cours'. À l'exemple de ce qui se produisit en Allemagne, l'influence de la Constitutionnalisation du Droit et de la propre Cour Constitutionnelle s'est manifestée à travers des décisions en inconstitutionnalité, des demandes auprès du législateur afin que ce dernier agisse et des ré-interprétations de normes infra-constitutionnelles déjà en vigueur. Sur le thème, voir, par exemple, Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano : A. Giuffè, 1952); et José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, (São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968).

⁴⁹³ La première partie est consacrée aux « droits et devoirs fondamentaux », tandis que la deuxième est intitulée Organisation économique.

⁴⁹⁴ Le titre I est celui des « Droits et des devoirs fondamentaux », divisé en cinq chapitres (« Des espagnols et des étrangers » ; « Droits et libertés » ; « Des principes directeurs de la politique sociale et économique » ; « Des garanties des libertés et des droits fondamentaux » ; et « De la suspension des droits et des libertés »).

⁴⁹⁵ Les titres 1 et 2 de cette Constitution sont consacrés respectivement aux Principes fondamentaux et aux Droits et garanties fondamentaux.

⁴⁹⁶ « Pour des raisons tenant notamment aux conditions politiques - le texte a été rédigé par des experts conseillers du gouvernement du Général de Gaulle- et circonstancielles- car la Constitution devait être rédigée rapidement afin de donner de nouvelles institutions à la France dans le contexte de la guerre d'Algérie. Elle s'est contentée de prévoir un très bref préambule qui, à la différence de celui de 1946, ne contient même pas l'énoncé de principes particulièrement nécessaires aux temps actuels. Elle a préféré rappeler l'attachement des Français aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 » Michel Verpeaux "Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit", *RFDA*, 6 (2014) : 1203.

⁴⁹⁷ Cons. Const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association, Rec. Cons.const. p.29. Le premier visa de cette décision

1970 dont l'un des visas indiquait déjà : « vu la Constitution et notamment son préambule et ses articles 53, 54 et 62⁴⁹⁸ », pour que la Constitution change de dimension et intègre la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 dans ce que la doctrine a malencontreusement qualifié de « bloc de constitutionnalité », laissant penser à un ensemble homogène, précis et figé de principes garantissant les droits fondamentaux, ce qui est de moins en moins le cas⁴⁹⁹.

En effet, la Constitution brésilienne de 1988 représente une phase importante de l'histoire politique du pays, marquant un moment de re-démocratisation qui a succédé à un régime militaire dictatorial de plus de vingt ans, c'est pourquoi elle ne s'est pas sentie gênée d'être généreuse considérant le nombre de droits individuels contenus dans son texte, abritant ici les fameux droits de la Charte des Nations Unies, spécialement concernant les longs articles 5^o, 6^o, 7^o et 8^o, contenus au Titre II (Droits et Garanties Fondamentales), consacrant encore, comme fondement de la République Fédérative du Brésil, la dignité de la personne humaine et la citoyenneté⁵⁰⁰.

La Constitution, évitant ainsi que le pays ne retombe dans le totalitarisme, a pris pour soi la responsabilité de prévoir d'innombrables droits pertinents aux plus diverses branches du droit, parmi lesquelles, les droits de la personnalité, mentionnant expressément, par exemple, la protection de l'intimité, de la vie privée, de l'honneur, de l'image⁵⁰¹, de l'inviolabilité du domicile, du secret de la correspondance et des communications télégraphiques, de données et des communications téléphoniques⁵⁰², du droit d'auteur⁵⁰³, de la propriété et de sa fonction sociale⁵⁰⁴, de la liberté⁵⁰⁵, et à la fin,

affirmait « vu la Constitution et notamment son préambule ».

⁴⁹⁸ Décision relative au traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des Traités instituant les Communautés européennes et du Traité instituant un conseil unique et une commission unique des communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés. Rec. Cons. Const, 15, cité par Michel Verpeaux, *Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit*, 1203.

⁴⁹⁹ Dans ce sens, pour tous, Michel Verpeaux, *Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit*, 1203.

⁵⁰⁰ Dans l'article 1^o, II et III de la Constitution brésilienne.

⁵⁰¹ « Art. 5^o, X : sont inviolables l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes, leur assurant un droit à une indemnisation pour dommage matériel ou moral émanant de leur violation. »

⁵⁰² « Art. 5^o, XII : est inviolable le secret de la correspondance et des communications télégraphiques, des données et des communications téléphoniques, sauf, à la limite, par un ordre judiciaire, dans les hypothèses et de la manière que la loi l'établira pour des fins d'enquête criminelle ou d'instruction procédurale pénale. »

⁵⁰³ « Art. 5^o, XXVIII : sont assurés, dans les termes de la loi : a) La protection à des participations individuelles dans des oeuvres collectives et à la reproduction de l'image et de la voix humaine, même pour les activités sportives. »

⁵⁰⁴ « Art. 5^o, XXII : le droit à la propriété est garanti ; XXIII- la propriété remplira sa fonction sociale. »

⁵⁰⁵ « Art. 5^o, LIV : Nul ne sera privé de sa liberté ou de ses biens sans un réel procès légal. »

donnant à ces droits prévus dans l'article 5^o une application immédiate⁵⁰⁶ en montrant clairement qu'il s'agit d'une catégorie non exhaustive de droits⁵⁰⁷.

B. Nouvelle herméneutique constitutionnelle et force normative de la Constitution.

L'interprétation juridique traditionnelle s'est développée autour de deux grandes prémisses : (i) quant au rôle de la norme, il appartient à celle-ci d'offrir, dans son compte- rendu abstrait, la solution aux problèmes juridiques ; (ii) quant au rôle du juge, il lui appartient d'identifier, parmi les normes juridiques, celle qui sera applicable au problème devant être résolu, en révélant la solution incluse en elle. On peut affirmer : la réponse aux problèmes se trouve en intégralité dans le système juridique et l'interprète réalise une fonction technique de reconnaissance, de formulation de juges de fait. Suivant le modèle conventionnel, les normes sont perçues en tant que règles, des énoncés descriptifs de conduites devant être suivies, applicables au moyen d'une subsumption⁵⁰⁸.

Les modifications dans l'herméneutique traditionnelle venant du post-positivisme ont apporté une nouvelle perspective pour ce cadre : (i) quant au rôle de la norme, on a vérifié que la solution des problèmes juridiques ne se situe pas toujours dans l'énoncé abstrait du texte normatif. Très souvent il est seulement possible de produire la réponse constitutionnellement adéquate à la lueur du problème, des faits importants, analysés thématiquement ; (ii) quant au rôle du juge, il ne devra plus avoir une fonction basée sur une connaissance technique, dont le but est de révéler la solution contenue dans l'énoncé normatif. L'interprète devient un co-participant du processus de création du Droit, complétant le travail du législateur, pratiquant des évaluations de sens pour les clauses en demeure et en réalisant des choix parmi les solutions possibles⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ « Art. 5^o, § 1^o : Les normes définissant les droits et garanties fondamentales sont applicables immédiatement. »

⁵⁰⁷ « Art. 5^o, § 2^o : Les droits et garanties indiscutables de cette Constitution n'en excluent pas d'autres provenant du régime et des principes adoptés par elle, ou des traités internationaux auxquels la République Fédérative du Brésil participe. »

⁵⁰⁸ Dans ce sens, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana* (Rio de Janeiro : Renovar, 2002), 305 et suiv.

⁵⁰⁹ C'est la constatation opérée par Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da lei*, (São Paulo : Saraiva, 2017), 303 et suiv. Sur les transformations au niveau de l'interprétation constitutionnelle dans le post-positivisme, observe Bonavides que : « Les constitutions font au XX siècle ce que les codes ont fait au XIX siècle : une espèce de concrétisation du droit naturel, non par la voie rationalisatrice de la loi, en tant qu'expression de la volonté générale, mais au moyen des principes généraux, incorporés dans l'ordre

Ces transformations rapportées ci-dessus, par rapport à la norme aussi bien qu'à l'interprète, sont illustrées de manière éloquente par les diverses catégories avec lesquelles travaille la nouvelle interprétation. Parmi celles-ci s'ajoutent les clauses générales, les principes, les collisions de normes constitutionnelles et la pondération.

Les *clauses générales*, ainsi nommées, ou les *concepts juridiques indéterminés* contiennent des termes ou des expressions de nature ouverte, « dotés de plasticité⁵¹⁰ », qui nous fournissent un début de signification que l'interprète doit compléter, prenant en compte les circonstances du cas concret⁵¹¹. La norme dans l'abstrait ne comporte pas intégralement les éléments de son application. En ayant affaire à des locutions comme ordre public, intérêt social et bonne foi, entre autres, l'interprète se doit de faire l'évaluation des facteurs objectifs et subjectifs présents dans la réalité des faits, de façon à définir le sens et la portée de la norme. Comme la solution ne se trouve pas intégralement dans l'énoncé normatif, sa fonction ne pourra se limiter à la révélation de ce qui y est contenu ; il devra aller plus loin, intégrant le commandement normatif à sa propre évaluation⁵¹².

La reconnaissance d'une normativité appliquée aux *principes* constitue un des symboles du post-positivisme. Dans le post-positivisme qui inspire les décisions judiciaires en matière de limitation du pouvoir de l'employeur, les principes ne sont pas, comme des règles, les commandes immédiatement descriptives de conduites spécifiques,

juridique constitutionnel, où ils atteignent une valorisation normative suprême, autrement dit, où ils acquièrent la qualité d'instance juspubliciste primaire, le siège de toute la légitimité du pouvoir. Cela, parce qu'une telle instance est la plus consensuelle de toutes les intermédiations doctrinaires entre l'État et la Société. » Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, (São Paulo : Malheiros, 2015), 301.

⁵¹⁰ Cette « plasticité » est remarquée par Canotilho, *Direito constitucional*, 405- 407.

⁵¹¹ Konrad Hesse note que la jurisprudence allemande s'oriente peu à peu vers le sens de considérer que les droits fondamentaux pénètrent dans le domaine des rapports entre les individus de forme indirecte, au moyen de concepts indéterminés et des clauses générales du droit privé: « Le Tribunal Constitutionnel a circonscrit cette influence [des droits fondamentaux] sur le Droit Privé, dans le sens que le contenu juridique des droits fondamentaux comme normes objectives se développe indirectement au moyen des préceptes qui régissent de telles matières. » Konrad Hesse, *Derecho constitucional*, 93-94. Sarlet passe la même information, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 339. Au Brésil, les droits fondamentaux sont protégés dans les rapports entre particuliers de diverses manières. Ils le sont par le biais d'interventions législatives (citons la Loi n. 9.029, du 13-4-1995, qui, dans son article 12, interdit l'adoption, par des particuliers, de « toute pratique discriminatoire et limitative » pour effet d'accès à un rapport de travail, ou pour sa préservation, pour motif de sexe, d'origine, de race, de couleur, d'état civil, de situation familiale ou d'âge) ou par le moyen de l'interprétation et de l'application de clauses générales de droit privé par les organes du Pouvoir Judiciaire.

⁵¹² Citons le cas STF, RE848331PE, Celso de Mello, 19/11/2014., dans lequel le Ministre rapporteur, en déclarant son vote, citant l'exemple de la jurisprudence portugaise quant à la fonction des clauses générales dans l'ordonnance juridique, affirma que « l'État, qui était dans l'obligation d'agir pour satisfaire au droit social, se rend à l'obligation de s'abstenir de faire obstacle à la réalisation confiée au droit social. Cette approche des droits sociaux fait aujourd'hui partie intégrante de leur conception de la théorie constitutionnelle, là-même où la liste constitutionnelle des droits sociaux est courte et où, en conséquence, ils doivent être extraits de clauses générales. »

mais au contraire des normes qui consacrent des valeurs déterminées ou qui indiquent des fins publiques devant être réalisées par divers moyens. La définition du contenu de clauses comme la dignité de la personne humaine, la raisonnable, la solidarité et l'efficacité transfère aussi à l'interprète une dose importante de discrétion. Comme on le voit clairement, la moindre densité juridique de telles normes nous empêche d'en extraire, dans leur discours abstrait, la solution complète aux questions qu'elles affectent. Ici aussi, en conséquence, le rôle de l'interprète est reconnu dans la définition concrète de son sens et de sa portée⁵¹³.

L'existence de *collisions de normes constitutionnelles*, a été perçue comme un phénomène naturel - puisque inévitable - dans le constitutionnalisme contemporain. Les Constitutions modernes sont des documents dialectiques, qui consacrent des biens juridiques qui s'opposent. Par rapport aux droits fondamentaux, la liberté d'expression de quelqu'un, par exemple, peut entrer en conflit avec le droit à l'honneur⁵¹⁴ ; ou l'intégrité

⁵¹³ Dans l'optique post-positiviste, les principes peuvent être ébauchés comme « une norme juridique qui rassemble certaines valeurs et qui influence directement ou indirectement la connaissance des nombreuses normes du système, ce qui la rend différente dans sa forme expressive des autres règles juridiques qui composent l'ordonnance. Une telle influence s'explique non seulement par la structure du principe, plus complet et repu de valorisation qu'une norme isolée, mais aussi par le fait que l'acte interprétatif ne peut être étanche, mais qu'il doit être élaboré harmonieusement avec tout le système. Nous pouvons affirmer que les piliers sur lesquels s'appuient l'ordonnance juridique sont les principes, les vérités premières en langage géométrique, qui servent d'inspiration aux lois, comme aussi de création de normes par la force d'un processus de décantation et de généralisation des lois, étant, en plus, le commandement nucléaire d'un système, qui implique une irradiation de normes différentes, lesquelles composent l'esprit et se présentent comme le critère d'une parfaite compréhension de celles-ci, vu qu'elles définissent la logique et la rationalité du système normatif. C'est seulement par la connaissance des principes que nous aurons la compréhension du tout unitaire auquel on attribue le nom de système juridique positif » Emmanuel T. Furtado, "Princípios e hermenêutica do direito constitucional" *Nomos*, 25 (2008) : 36. Voir aussi, dans le même sens, Machado, qui affirme que « le post-positivisme se caractérise pour admettre la positivité des normes structurés en tant que principes » Hugo de Brito Machado Segundo, *Fundamentos do Direito*, (São Paulo : Atlas, 2010), 61.

⁵¹⁴ Dans le cas STF, AR891647SP0064436-95.2012.8.26.0050, Celso de Mello, 02/09/2015, le Tribunal a été obligé de rendre une décision pour une demande d'indemnisation pour dommage moral d'un journaliste qui a été la cible d'un reportage dans un blog avec plus de 150 mille accès, dans lequel une photo de lui avait été publiée le qualifiant de « journaliste bandit », entre autres offenses à son honneur. Inspirée par l'herméneutique post-positiviste, la Cour Suprême, en cherchant à s'orienter, s'est rendue compte qu'il y avait là une collision de droits fondamentaux, le droit à la liberté d'expression et le droit à l'honneur. Voyons : « En réalité, la propre Carte Politique, après avoir garanti le libre exercice de l'information journalistique, lui impose des paramètres parmi lesquels relève, de par son importance indiscutable, le respect nécessaire envers les droits de la personnalité (CF, art.5º,V e X)- pour lequel l'obéissance ne peut être ignorée par les organes de communication sociale, juste comme le détermine expressément le texte constitutionnel (art. 220,§1º), revenant au Pouvoir Judiciaire, au moyen d'une évaluation pondérée des prérogatives constitutionnelles en conflit (droit d'informer, de donner son opinion et de critiquer d'un côté, et droits de la personnalité de l'autre), de définir, pour chaque situation nouvelle, une fois configuré ce contexte de tension dialectique, la liberté qui doit prévaloir dans le cas concret." Et pour apporter une solution à la collision, il a appliqué la technique de pondération. " C'est le rôle de l'interprète de trouver le point d'équilibre entre des principes constitutionnels en conflit apparent, car, face au ' principe d'unité constitutionnelle', la Constitution ne peut entrer en conflit avec elle-même, malgré la diversité de normes et de principes qu'elle contient [...] nous devons forcément conclure que, chaque fois que des droits constitutionnels sont mis en confrontation, l'un conditionne l'autre, agissant comme des limites établies par

physique peut entrer en conflit avec un autre droit fondamental d'autrui⁵¹⁵. Et en matière de droit du travail, spécialement dans ce que nous intéresse dans cette étude, le droit à la vie privée de l'employé peut entrer en collision avec le droit à la propriété de l'employeur. Lorsque deux normes de hiérarchie semblable se choquent d'une manière abstraite, on comprend d'instinct qu'elles ne puissent fournir, par leur discours, la solution du problème. Dans ces cas-là, l'action de l'interprète créera le Droit applicable au cas concret.

La subsumption, évidemment, n'est pas capable de résoudre le problème, car

la Loi Supérieure elle-même afin d'empêcher des excès et des volontés personnelles. [...] Nos meilleurs experts constitutionnalistes, se basant sur la jurisprudence de la Cour Suprême Allemande, indiquent le principe de la 'proportionnalité' comme étant le moyen le plus adéquat pour solutionner d'éventuels conflits entre la liberté de communication et les droits de la personnalité. Ils nous enseignent que, quoique nous ne devions pas attribuer la primauté absolue à l'un ou à l'autre principe ou droit, dans le processus de pondération mis en marche pour la solution du conflit, le droit de rendre public doit céder l'espace dans tous les cas où son exercice implique le sacrifice de l'intimité, de l'honneur et de l'image des personnes. En outre, la constituante brésilienne n'a pas conçu la liberté d'expression comme un droit absolu, dans la mesure où elle a décidé que l'exercice de cette liberté doit être fait en observant la décision dans la Constitution, conformément à son art. 220. Encore plus expressive est la norme contenue dans le § 1° de cet article qui soumet, expressément, l'exercice de la liberté journalistique à l'obéissance à la décision dans l'art.5°, IV, V, XIII e XIV'. Nous sommes ici en présence d'une authentique « réserve légale qualifiée », qui autorise l'établissement d'une restriction à la liberté de la presse aux velléités de préserver d'autres droits individuels, non moins significatifs, comme les droits de personnalité en général. Dans le cas contraire, il n'y aurait aucune raison pour que la propre Constitution se réfère aux principes contenus dans les subdivisions citées précédemment comme étant des limites immanentes à l'exercice de la liberté de la presse. » Et elle a décidé : « Le plaignant pourrait exercer son droit de critique au sujet des relations de la revue mentionnée avec un éventuel contrevenant, à l'aide de Policarpo Junior, sans le besoin de mettre la photographie du plaignant avec le titre « journaliste bandit... », encore que le plaignant, d'une certaine manière, défende la revue *Veja*, il suffisait au plaignant de manifester son droit constitutionnel de critique, sans utiliser de terme péjoratif. On notera que, même si l'expression a été créée par l'ex-Délégué Fédéral, elle n'est point déductible du reportage et, de plus, il n'a été fait aucune mention d'autres matières abordant le même sujet qui puisse, de fait, éclaircir les plus de 150 mille lecteurs du *blog*. En conséquence, la conclusion est claire d'une présence d'un élément subjectif du crime d'injure, considérant que le fait est arrivé quand le plaignant a écrit un texte dans son blog, insérant le texte avec une photo dont la légende présentait les mots suivants « un journaliste bandit est un bandit ». La matière, répétons-le, a exagéré le droit d'expression, et a porté atteinte à l'honneur du plaignant, ce qui ne représente nullement le simple exercice du droit de critique. » STF, AR891647SP0064436-95.2012.8.26.0050, Celso de Mello, 02/09/2015.

⁵¹⁵ Dans le cas HC76.060/SC, le STF a concédé une ordonnance d'*habeas corpus* au père présumé de l'enfant né dans la continuité du mariage, qui a été appelé à donner son sang, pour un examen d'ADN, dans une action effectuée par un autre homme, qui prétendait être le père biologique du mineur. Vu les circonstances du procès, considérant que le fait principal était déjà instruit ayant même un rapport d'examen d'ADN de l'auteur de la demande et du fils qu'il prétendait être de lui, le rapporteur a estimé que la mesure déterminée constituait une invasion non nécessaire du droit à la dignité de l'individu. Le magistrat rapporteur a référé que : « ce qui, cependant, ne semble pas résister, tout au plus, à une confrontation du principe de la raisonnable ou de la proportionnalité- de fondamentale importance pour la balise constitutionnelle de la collision de droits fondamentaux- est que l'on prétend accabler physiquement le père présumé en fournissant une preuve complémentaire contre la présomption qu'il est titulaire.[...] Il s'en suit de là la dispense, dans les règles, de la contrainte ordonnée du patient à l'examen hématologique, à la recherche de l'exclusion de sa paternité présumée, quand l'évidence positive de la paternité génétique alléguée de l'auteur de la demande peut être inspectée sans la participation de l'accusé(il est d'ailleurs significatif que les documents contiennent déjà un rapport privé d'analyse d'ADN de l'auteur, du mineur et de sa mère). » STF, HC76.060/SC, Sepúlveda Pertence, 15/05/1998.

il est impossible d'insérer le même fait dans des normes antinomiques. Les critères traditionnels d'une solution de conflits normatifs ne peuvent non plus nous être utiles⁵¹⁶ lorsque la collision est produite parmi des dispositions de la Constitution. Dans ce contexte, dans le point de vue post-positiviste adopté par le STF et suivi par le TST la pondération de normes, de biens ou de valeurs devient la technique utilisée par l'interprète, à travers laquelle il (a) fera *des concessions réciproques*, cherchant à préserver au maximum chacun des intérêts en litige ou, à la limite, (b) choisira le droit devant prédominer, dans le cas concret, comme celui qui réalisera le plus convenablement la volonté constitutionnelle⁵¹⁷.

À partir de ce phénomène de la constitutionnalisation du droit, la relation entre droit privé et Constitution commence à être reconsidérée. Non seulement pour ce qui est d'une relation entre législation privée et Constitution, mais à partir d'une conscientisation de l'unité des normes de droit interne, laquelle est soumise à un processus de restructuration autour d'une planche axiologique dans laquelle apparaît comme valeur fondamentale la dignité de la personne humaine. Dans la trace d'une constatation - celle que la législation privée ne pourra jamais se présenter comme étant exhaustive en matière de droit du travail et droit civil -, la discussion prend de l'ampleur sur une question de fond- la *summa divisio* entre droit public et droit privé⁵¹⁸. En cherchant à garantir une protection de la dignité de la personne humaine, le droit brésilien a fini par

⁵¹⁶ Un parallèle des critères traditionnels avec des critères de l'appellée « nouvelle hermeneutique » peut être trouvé dans : Rodolfo Viana Pereira, *Hermenêutica Filosófica e Constitucional* (Horizonte : Del Rey, 2007), 165-166.

⁵¹⁷ L'application de la pondération à travers des concessions réciproques a été utilisé par le STF, par exemple, dans les cas MC-Rcl22328RJ. Le juge a référé qu'« en cas de conflit entre des normes de cette nature, la nécessité de pondération s'impose, qui, comme on le sait, est une technique de décision qui se développe en trois étapes: (i) dans la première, on vérifie les normes qui postulent une incidence dans le cas ; (ii) dans la deuxième, on sélectionne les faits importants ; (iii) et, enfin, on teste les possibles solutions pour vérifier, dans le concret, celle qui réalise le mieux la volonté constitutionnelle. Dans l'idéal, la pondération doit chercher à faire des concessions réciproques, en préservant le plus grand nombre possible de droits en litige. À la limite, cependant, on fait des choix. » STF, MC-Rcl22328RJ, Roberto Barroso, 20/11/2015. On cite aussi comme exemple d'application de la pondération à travers des concessions réciproques, le cas MS26752DF. Il a été décidé que « c'est seulement lorsque cette tentative de définition des limites propres à chaque norme fondamentale s'avère inutile, puisque les champs de protection ont été ajoutés, qu'il revient à l'interprète d'utiliser la technique de pondération de valeurs, instrumentalisée à partir de l'utilisation du postulat de la proportionnalité, pour pouvoir opérer des concessions réciproques, autant qu'il en sera nécessaire, parmi les énoncés normatifs en jeu, le noyau essentiel de chaque droit fondamental étant, toujours, préservé. Et du fait de ne pas être licite, même dans ces hypothèses, l'ablation de l'efficacité, dans l'abstrait, des normes constitutionnelles, le résultat de la méthode de la pondération doit en être l'établissement d'une relation de précedence conditionnée entre les principes en jeu, en identifiant le poids le plus important de l'une des normes au moyen du repérage obligatoire par des paramètres interprétatifs qui réduisent l'arbitraire et stimulent la contrôlabilité intersubjective du processus de décision. » STF, MS26752DF, Luiz Fux, 11/11/2013.

⁵¹⁸ Dans ce sens, voir : Norberto Bobbio, *Crisi della democrazia e neocontrattualismo* (Roma : Riuniti, 1984), 24.

permettre que des normes constitutionnelles - donc, de droit public - soient appliquées aux rapports traditionnellement régis par le droit privé, parmi lesquels, les rapports de travail subordonné, à travers la reconnaissance d'une dimension objective des droits fondamentaux.

Ainsi, le néo-constitutionnalisme ou nouveau droit constitutionnel dans le sens ici développé, vaste ensemble de transformations survenues dans l'État et dans le droit constitutionnel, a pour cadre la reconnaissance de la force normative de la constitution. L'herméneutique constitutionnelle a donc dû être modifiée pour doter la constitution d'un tel caractère dans la théorie du droit. Ainsi, le rôle des principes et des règles s'est transformé, donnant à ceux-ci un caractère exécutoire obligatoire distinct de l'herméneutique constitutionnelle traditionnelle (1). De même, une fois dotée de nature des normes, il était nécessaire de théoriser la façon dont se traitent les conflits découlant de ces principes (2).

1) Principes et règles dans la nouvelle herméneutique constitutionnelle

Il existe deux constructions de nature juridique des normes constitutionnelles de droits fondamentaux : l'une étroite et exacte dans le sens de défendre que tels droits soient présentés seulement comme des *règles* ; et l'autre, d'inspiration germanique, large et holistique, qui les considèrent comme des principes⁵¹⁹. Les Etats dont le droit interne comprend les droits fondamentaux seulement comme des règles sont fermés et liés au positivisme ou au légalisme ; tandis que ceux dont le droit interne classifie les droits fondamentaux comme principes sont ouverts et liés au néo-constitutionnalisme⁵²⁰.

Compte tenu de cette dualité, on perçoit tout de suite que la distinction entre règles et principes est essentielle pour l'interprétation et l'application des droits fondamentaux, tout comme pour la compréhension du système juridique sous-jacent. Pour la doctrine brésilienne actuelle, inspirée du droit germanique les règles et les principes sont parmi les espèces du genre normes juridiques, on parle donc de normes-

⁵¹⁹ Dans ce sens, Robert Alexy. "Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade". *Revista de Direito Privado* 24 (2005) : 334-337.

⁵²⁰ Dans ce sens, Cristina M. M. Queiroz. *Direitos fundamentais: teoria geral* (Coimbra : Coimbra Editora, 2002), 127.

règles et normes-principes, selon les particularités du dispositif⁵²¹. La distinction, dans le cadre du super concept norme, entre règles et principes est une tâche particulièrement complexe, mais de cruciale importance dans l'étude des droits fondamentaux⁵²².

La jurisprudence brésilienne, celle du STF⁵²³, comme celle du TST⁵²⁴ et celle des nombreux autres Tribunaux Supérieurs⁵²⁵, s'inspire particulièrement des travaux de l'auteur allemand Robert Alexy⁵²⁶ et du juriste nord-américain Ronald Dworkin⁵²⁷ pour la construction de la conception moderne d'un système juridique ouvert et constitutionnel en opposition à un système juridique fermé et positiviste ou légaliste.

Le système fermé se compose donc exclusivement de *règles*, applicables via la technique de *subsumption*, ce qui exige une discipline législative ininterrompue et exhaustive, c'est pourquoi on parle de légalisme juridique⁵²⁸. Le système ouvert prôné par Alexy et Dworkin se compose aussi bien de *règles* que de *principes*. Il ne s'appuie

⁵²¹ L'adoption de tels critères permet d'identifier, par exemple, dans la Constitution Fédérale brésilienne, certains droits fondamentaux qui se configurent comme des règles (applicables à travers le mécanisme de subsumption), comme l'art. 5^o, VII, XIX, XXI, XXV ; et d'autres qui se configurent comme des principes (applicables à travers le mécanisme de pondération), comme l'article 5^o, I, II, III, IV et IX. Cependant, face à la complexité de la distinction entre les règles et principes, faisant face à une zone grise dans laquelle certains dispositifs de l'art. 5^o se présentent aussi comme des règles, que comme des principes, selon l'analyse de l'affaire en cours d'examen.

⁵²² Gomes Canotilho suggère l'adoption de quelques critères pour effectuer une telle distinction : a) « degré d'abstraction » : les principes sont des normes ayant un degré d'abstraction relativement élevé ; au contraire, les règles ont un degré d'abstraction relativement réduit ; b) « degré de déterminabilité dans l'application du cas concret » : les principes, étant vagues et indéterminés, manquent de médiations concrétisantes, alors que les règles sont susceptibles d'application directe ; c) « caractère de fondamentalité dans le système des sources du droit » : les principes sont des normes de nature structurante ou ont le rôle fondamental dans le système juridique de par leur position hiérarchique dans le système des sources ou de par leur importance structurante dans le système juridique ; d) « proximité de l'idée de droit » : les principes sont des « standards » juridiquement contraignants ancrés dans les « exigences de justice » ou dans « l'idée de droit » ; les règles peuvent être une liaison avec un contenu purement fonctionnel. e) « nature normogénétique » : les principes sont le fondement des règles, c'est-à-dire des normes de base ou constituent le rapport de règles juridiques ayant donc une fonction normogénétique fondamentale. Dans ce sens, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, (Coimbra : Almedina, 2003), 1160-1161.

⁵²³ STF, Rcl15820RO, Cármen Lúcia, 06/06/2013. STF, Rcl:28586RJ, Luiz Fux, 09/10/2017.

⁵²⁴ TST, RR:27749720125020067, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 29/04/2015. TST, E-ED-RR899007520055220003, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 04/12/2008. TST, RR16844020105090678, José Roberto Freire Pimenta, 22/11/2017. TST, RR11637120115090028, Alexandre de Souza Agra Belmonte, 07/11/2017.

⁵²⁵ STJ, EREsp1609444SP, Reynaldo Soares da Fonseca, 26/10/2016. STM, AP00001549720167120012AM, Lúcio Mário de Barros Góes, 31/10/2017. TSE, REsp00001263720156210000, Luciana Lóssio, 20/09/2016. STJ, REsp1431606SP, Paulo de Tarso Sanseverino, 15/08/2017. STM, AP00000912120157110211DF, Cleonilson Nicácio Silva, 03/10/2017.

⁵²⁶ Surtout dans l'œuvre Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).

⁵²⁷ Ronald Dworkin, *Levando os direitos à sério* (São Paulo : Martins Fontes, 2002).

⁵²⁸ On pense que l'avantage de ce système est que, lors de la réservation d'un petit espace pour compléter les organes de jugement, cela confère une plus grande sécurité juridique, c'est à dire, moins de divergence entre les décisions judiciaires ; l'inconvénient est que ceci ne permet pas de combler les lacunes infinies, justement parce qu'il est humainement impossible de prévoir toutes les situations de litiges qui pourraient survenir.

pas uniquement sur des règles, parce que si c'était le cas, le système présenterait tant de lacunes qu'il serait difficile de l'imaginer apte à résoudre des problèmes concrets ; d'autre part, il n'est pas non plus composé uniquement de principes, car si c'était le cas, il serait extrêmement indéterminé, et déstabiliserait la sécurité juridique⁵²⁹.

Alexy distingue les règles des principes premièrement par leur degré de généralité et d'abstraction, c'est à dire que les principes ont un degré élevé de généralité, alors que concernant les règles ce degré est moindre. Au delà de cette différence, à caractère quantitatif, une autre distinction plus importante à connotation qualitative s'impose : les principes sont des normes qui ordonnent que les choses soient faites de la meilleure manière possible, dans les possibilités factuelles et juridiques existantes, c'est-à-dire qu'ils sont des mandats d'optimisation ; alors que les règles ne peuvent être satisfaites que dans la mesure du « tout-ou-rien⁵³⁰ ».

En ce sens, l'applicabilité des principes se distingue de l'applicabilité des règles : alors que celles-ci sont appliquées dans la mesure du tout-ou-rien ; les principes sont appliqués dans la mesure du possible. À condition de mandats définitifs, les règles sont respectées ou non respectées, n'étant pas soumises à la pondération, mais à la subsumption. Alors que les principes se soumettent à la technique de la pondération, c'est-à-dire que la décision se fait en faveur de ce qui pèse relativement plus, sans que le principe exclu soit ignoré de l'ordre juridique, comme ce serait le cas s'il y avait un conflit entre les règles⁵³¹.

Ainsi, les principes, – étant des mandats d'optimisation – sont plus ou moins satisfaits, ce qui permet leur respect à des degrés divers. Plus le degré de respect d'un principe est élevé, plus le degré de respect du principe opposé est bas⁵³².

Pour Dworkin, la différence entre règles et principes n'est pas de nature qualitative et quantitative, mais de nature logique. Les règles présentent en leur structure logique une hypothèse et une conséquence déterminées, c'est-à-dire qu'elles décrivent des situations et leur attribuent des résultats spécifiques. Ainsi, lorsque deux règles entrent en conflit, la solution doit se faire par l'abandon de l'une d'elles ou l'établissement d'une règle d'exception, fonctionnant sur la base du tout-ou-rien, c'est à dire que l'une d'entre

⁵²⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 86-87.

⁵³⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 89.

⁵³¹ Robert Alexy, *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático* (Rio de Janeiro : Renovar, 1999), 64-65.

⁵³² Robert Alexy, *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, 64-65.

elle doit être considérée invalide et l'autre valide⁵³³.

Pour cette évaluation, le juge assemble une règle avec les autres, par une sélection rigoureuse déterminant la règle de préséance édictée par l'autorité supérieure, de celle édictée le plus récemment, ou la plus spécifique. Tandis que les principes ont un caractère ouvert et ne sont pas destinés à régir des situations d'application, de sorte que, en cas de tension entre deux principes, il n'y a pas de perte de validité de l'un d'entre eux, simplement, le principe qui s'applique est le plus adéquat pour régler ce cas concret⁵³⁴.

Dworkin souligne également que les principes, tels qu'ils sont présentés d'un haut degré d'abstraction, dispensent de concrétisation dans les dispositifs légaux, présentant simplement des arguments en faveur des droits fondamentaux. Quand les principes s'entrecroisent, l'arbitre doit peser la force relative de chacun d'eux. Étant donné que les règles sont toujours incorporées dans les dispositifs légaux et appliquées à la manière du tout-ou-rien (*all or nothing*) : compte tenu des faits, ou bien la règle est applicable, ou non applicable, ou elle est valide, ou non valide. Bien que la théorie prenne de tels termes, dans de nombreux cas, il est difficile d'établir si un dispositif est une règle ou un principe,⁵³⁵ comme le montrent les exemples cités ci-dessus⁵³⁶.

Il est à noter toutefois que, malgré les efforts visant à établir la distinction entre les normes-règles et les normes-principes, une telle tâche ne vise pas à montrer que les uns sont hiérarchiquement supérieur aux autres. Au contraire : en suivant la jurisprudence du TCA, qu'a développé le principe interprétatif de « *l'unité de la*

⁵³³ Ronald Dworkin, *Levando os direitos à sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2002), 41.

⁵³⁴ Ronald Dworkin, *Levando os direitos à sério*, 42-43.

⁵³⁵ Dworkin, *Levando os direitos à sério*, 35-45.

⁵³⁶ La théorie d'Alexy, bien que novatrice, a été largement critiquée par Klaus Günter et Jürgen Habermas, justement car elle considère les principes comme des mandats d'optimisation, c'est-à-dire, des préceptes pouvant être plus ou moins satisfaits. Selon les auteurs, considérer les principes comme des mandats d'optimisation leur permet de satisfaire à des degrés divers conformément à la volonté de l'organe de jugement ; en subordonnant la compétence du Législatif, pour se conformer aux droits fondamentaux par la législation ordinaire, la juridiction constitutionnelle, c'est à dire, à l'interprétation du Judiciaire. Alexy réfute la critique en alertant qu'il ne se produira pas de prépondérance de la juridiction constitutionnelle en ce qui concerne l'activité du Législatif parce que les droits fondamentaux de status négatif et la prévision de restriction expressément constitutionnelle (réserve légale simple et réserve légale qualifiée) se soumettent toujours à la discrétion du législateur du moment qu'ils sont réglementés. Les droits fondamentaux de caractère positif, d'autre part, laissent au Législateur la tâche de choisir les moyens les plus adéquats pour atteindre le but désiré, en laissant toujours une marge de décision au Législatif. Dans ce sens, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 33-35.

*constitution*⁵³⁷ », aussi le STF⁵³⁸, suivi spécialement par la jurisprudence du TST⁵³⁹, considère qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles, indépendamment de leur espèce⁵⁴⁰. En effet, par l'unité de la constitution⁵⁴¹, toutes les normes de la Constitution de 1988 ont la même dignité et il n'y a pas de hiérarchie de supra infra-coordination entre les mêmes dispositifs, qu'il s'agisse de règles ou de principes⁵⁴².

⁵³⁷ Le principe de l' « unité de la constitution » a amplement cours dans la doctrine et dans la jurisprudence allemande. Dans un jugement que Klaus Stern rapporte comme étant la première grande décision du Tribunal Constitutionnel Fédéral, cette cour a décrété qu'une « disposition constitutionnelle ne peut être considérée de forme isolée et ne peut non plus être interprétée exclusivement à partir d'elle-même. Elle se trouve dans une connexion de sens avec les autres préceptes de la constitution, laquelle représente une unité interne. » Dans une décision postérieure, le TCA a de nouveau observé le principe, en lui conférant, d'ailleurs, une distinction spéciale et une primauté : « le principe le plus important de l'interprétation est celui de l'unité de la constitution comme unité d'un ensemble ayant un sens théologique-logique, puisque l'essence de la constitution consiste à ce qu'elle soit un ordre unitaire de la vie politique et sociale de la communauté de l'État. » Dans ce sens, Klaus Stern, *Derecho del estado de la republica federal alemana*, (Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 291-292.

⁵³⁸ STF, MS29148DF, Teori Zavascki, 03/06/2014. STF, ARE763583CE, Cármen Lúcia, 25/09/2013. STF, MS28003DF, Ellen Gracie, 08/02/2012. STF, MS26756DF, Luiz Fux, 11/11/2013.

⁵³⁹ TST, RO5833920145120000, Douglas Alencar Rodrigues, 29/11/2016. TST, RO124041720125010000, Mauricio Godinho Delgado, 10/10/2016.

⁵⁴⁰ Dans cette optique, la compréhension réitérée dans la jurisprudence. Voyons les affaires suivantes jugées, respectivement, par le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul (TJ-RS) et par le Tribunal de Justice de Minas Gerais (TJ-MG) : « Il est notoire, encore, qu'il n'existe pas de droits ou de garanties fondamentales qui se revêtent de caractère absolu dans l'ordonnance brésilienne. Le principe de l'unité de la Constitution impose, réellement, la co-existence harmonieuse des libertés et des droits assurés dans la Loi Fondamentale, raison pour laquelle on ne légitime pas, dans le système juridique en vigueur, d'exercice de droit ou de garantie avec transgression du bien commun ou avec offense à d'autres droits ou garanties de semblable dignité constitutionnelle. » TJ-RS, AC70071566343RS, Carlos Eduardo Richinitti, 22/11/2017. « Partant du principe de l'unité de la Constitution, suivant lequel il est fixé qu'aucune norme constitutionnelle ne sera interprétée de façon contradictoire à un autre énoncé du même texte, et étant attentif, simultanément, à la compréhension affirmée du STF dans le sens qu'il n'y ait point de degrés distincts de hiérarchie entre des normes constitutionnelles- ou autrement dit, toutes se placeraient au même plan- il n'est pas possible de mettre en pratique une action affirmative au premier frisson du texte constitutionnel (sub. III de l'art. 19), principalement si celui-ci cherche à densifier la matrice principiologique concédée dans le caput de l'art. 5^o du Statut Suprême. » TJ-MG, ADI10000150728558000MG, Wandern Marotta, 09/10/2017.

⁵⁴¹ Au STF, parmi les cas cités pour l'application du principe d'unité de la constitution, nous citons : STF, MS29148DF, Teori Zavascki, 03/06/2014. STF, ARE763583CE, Cármen Lúcia, 25/09/2013. STF, MS28003DF, Ellen Gracie, 08/02/2012. STF, MS26756DF, Luiz Fux, 11/11/2013.

⁵⁴² Dans la doctrine, on cite le concept de ce principe proposé par Barroso : « Le rôle du principe de l'unité est celui de reconnaître les contradictions et les tensions- réelles ou imaginaires- qui existent entre les normes constitutionnelles et de délimiter la force qui les lient et la portée de chacune d'elles. Il leur échoit, en conséquence, le rôle d'harmonisation ou d'« optimisation » des normes, dans la mesure où l'on doit produire un équilibre, sans jamais renier complètement l'efficacité de chacune d'elles. [...] La finalité du principe d'unité est de chercher à déterminer le point d'équilibre face aux divergences pouvant apparaître dans l'application des normes constitutionnelles, en prenant soin d'administrer d'éventuelles superpositions » Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, 200.

2) Solution pour la collision entre normes-principes de droits fondamentaux : la technique de la pondération

Conformément à ce qui est exposé avant, les droits fondamentaux peuvent être classifiés autant comme des règles, que comme des principes. Cependant, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont présentés, ces préceptes ne sont pas absolus, ils ont un « caractère relatif », c'est à dire qu'ils sont soumis à des restrictions imposées par le législateur lui-même – au moment de leur formation normative – ou par le juge, lorsqu'ils sont invoqués dans l'action judiciaire⁵⁴³.

En analysant la Constitution brésilienne, on identifie – même de manière abstraite - de possibles conflits entre les droits fondamentaux, ce qui démontre la nécessité d'admettre son caractère relatif comme forme unique de résolution des conflits dans les cas concrets.

La collision peut avoir une incidence sur les droits fondamentaux : (a) de contenu identique, mais de différents titulaires: l'exemple de la vie du fœtus versus la vie de la mère, dans le cas de la sollicitation de l'autorisation de l'avortement, lorsque la grossesse est à risque pour la mère ; (b) de contenu différent et de titulaires différents: par exemple par la liberté de communication versus le droit à la vie privée, quand le pouvoir judiciaire est sollicité pour interdire la divulgation d'une certaine nouvelle révélant des sujets liés à l'intimité ou la vie privée de quelqu'un, ou la liberté d'expression versus le droit à l'honneur et de l'image ; (c) de contenu identique ou différent et de sujets individuels ou collectifs: exemple du libre accès aux registres publics versus sécurité de la société et de l'État, quand il y a classification d'informations comme confidentielles, pour motif de garantir la sécurité nationale, ou vie privée versus santé publique dans les cas de vaccination obligatoire dans les zones endémiques⁵⁴⁴⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Norberto Bobbio observe que, parmi les droits fondamentaux, biens rares sont ceux qui n'ont pas été en concurrence avec d'autres droits fondamentaux, qui ne sont pas suspendus dans certaines circonstances ou ne sont pas refusés à certaines catégories de personnes, c'est pourquoi on dit qu'ils n'ont pas de caractère absolu. Norberto Bobbio, *A era dos direitos* (Rio de Janeiro : Elsevier, 1992), 40.

⁵⁴⁴ Dans ce sens, Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, 332. Dans la jurisprudence brésilienne, STF, ARE827239PE, Cármen Lúcia, 26/08/2014 ; STF, RE440028SP, Marco Aurélio, 29/10/2013.

⁵⁴⁵ En plus, Norberto Bobbio complète son idée d'illusionnisme du caractère absolu des droits fondamentaux avec l'argument suivant : « l'histoire démontre que les droits fondamentaux forment une classe variable dans le temps. Des droits ayant été déclarés absolus et inviolables à la fin du XVIIIème siècle, comme la propriété, ont subi des limitations radicales dans les déclarations contemporaines ; des droits que les déclarations du XVIIIème siècle ne mentionnaient même pas, comme les droits sociaux, sont désormais proclamés de manière ostentatoire dans les déclarations récentes. À l'avenir pourront émerger de nouvelles demandes, inimaginables au moment présent, comme le droit de respecter la vie des animaux. Ainsi, il n'y a pas de droits fondamentaux « par nature » ; ce qui paraît « fondamental » à une certaine

Le caractère relatif des droits fondamentaux devient évident, également lorsque la possibilité de suspension de tels droits en des circonstances déterminées se vérifie⁵⁴⁶. Enfin, toujours en suivant le raisonnement de l'auteur, il est clair que certains droits fondamentaux sont considérés comme relatifs, ne considérant que des catégories de personnes déterminées, excluant ainsi le reste des individus⁵⁴⁷.

Ainsi, le caractère relatif des droits fondamentaux émerge comme une mesure nécessaire à la réalisation coopérative de ces préceptes, celle-ci étant nécessaire à la formation de ces mêmes préceptes selon les exigences de la société et en tenant compte des nouvelles menaces apparaissant. En dépit du caractère essentiel et fondamental des systèmes juridiques, on peut conclure que les droits fondamentaux ont intrinsèquement un caractère relatif, se soumettant aux restrictions imposées par le pouvoir Législatif, – au moment de la conformation législative – et par le pouvoir Judiciaire, – au moment de la résolution des cas concrets.

Les droits fondamentaux, du fait de leur caractère relatif se soumettent à certaines restrictions déterminées. La restriction consiste en la compression ou la diminution de la portée ou de l'*extension* d'un droit fondamental, afin que sa protection soit en adéquation avec la garantie d'autres valeurs constitutionnelles. Ainsi, bien que la reconnaissance et la systématisation des restrictions aux droits fondamentaux représente un attribut désavantageux au droit fondamental, elles se configurent aussi comme une

époque historique et dans une civilisation déterminée, ne paraît pas fondamental dans d'autres temps et d'autres cultures. » Norberto Bobbio, *A era dos direitos*. Cristina Queiroz souligne que les droits fondamentaux sont liés à la notion de « risque », étant variables au fil du temps et de l'espace, à mesure que surgissent de nouvelles menaces pour l'homme et le citoyen. Les droits fondamentaux varient dans l'espace, c'est-à-dire, selon l' « État Constitutionnel » ; et dans le temps, c'est-à-dire, selon la période historique en ce qui concerne la distribution des rôles de l'État dans le développement juridique. Il n'existe pas de *numerus clausus* des droits fondamentaux, tout comme il n'existe pas de *numerus clausus* des dangers, d'où l'origine de l'expression « protection dynamique des droits fondamentaux », utilisée par le Tribunal Constitutionnel Fédéral allemand, ce qui correspond à une protection flexible, mobile et ouverte et couvrant de telles garanties. Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais*, (Coimbra : Coimbra Editora, 2002), 48-50.

⁵⁴⁶ Dans l'ordre juridique national, comme on peut le constater, est prévue la suspension du droit de réunion, et du droit à la vie privée dans un état de défense, comme il est prévu dans le paragraphe § 1^o de l'art. 136 : « § 1^o – Le décret instituant l'état de défense détermine sa durée, précise les zones à couvrir, et dans les termes et les limites de la loi, les mesures coercitives, parmi les suivantes: I – restrictions des droits de: a) réunion, même si elles sont maintenues au sein des associations; b) secret des correspondances; c) secret des communications télégraphiques et téléphoniques; II – occupation et utilisation temporaire des biens et services publics, en cas de calamité publique, répondant à l'Union des dommages et des coûts. »

⁵⁴⁷ Ce qui peut être démontré par les dispositifs suivants de la Constitution brésilienne : les droits des travailleurs urbains et ruraux qui ne sont pas applicables aux personnes sans emploi et celles qui vivent du travail au noir, (arts. 7^o a 11) ; droits politiques applicables uniquement aux admissibles et aux éligibles (art. 14) ; droit à la protection des enfants et des adolescents dans le besoin, qui ne sont pas applicables aux adultes et aux personnes sans ressources (art. 203, II) ; droit à la protection sociale et aux aides mensuelles pour les personnes en situation de handicap, et aux personnes âgées, applicables uniquement à ces minorités (art. 203, V) ; entre autres.

garantie contre les empiétements du Judiciaire et de l'Exécutif qui dépassent les paramètres constitutionnels, ce qui conduira à la constatation de l'inconstitutionnalité de l'acte juridique.

Même si l'on admet son caractère restrictif, il est nécessaire que cette restriction soit limitée. En fait, le contenu des droits fondamentaux est assez large. Souvent, dans l'exécution de l'un deux, il peut se produire une confrontation directe avec l'autre, qui a, dans le système juridique, (normalement dans la Constitution), le même niveau hiérarchique. Il se produira alors ce que l'on appelle une collision de droit⁵⁴⁸, qui peut se produire de deux manières : l'exercice d'un droit entre en conflit directement avec l'exercice d'un autre droit⁵⁴⁹ ; ou l'exercice d'un droit entre en conflit avec un bien juridique (collectif ou de l'État) protégé par la Constitution⁵⁵⁰.

Ayant caractérisé l'existence de collision, il est nécessaire de trouver une formule pour l'harmonisation, que ce soit entre les droits, ou entre le droit et le bien juridiquement protégé. Dans certains cas, la Constitution elle-même donne la solution pour le conflit⁵⁵¹, et dans d'autres, le constituant réfère à la loi ordinaire la possibilité de solutionner le conflit, ceci permettant parfois la restriction du droit⁵⁵².

Cependant, il existe des conflits ayant pour origine l'exercice du droit effectif, qui n'ont pas leur solution dans des formules prédéterminées. C'est le cas de l'exercice

⁵⁴⁸ Pour Canotilho, les collisions de droits surviennent « lorsque l'exercice d'un droit fondamental, par son titulaire, entre en collision avec l'exercice du droit fondamental d'un autre titulaire, ce qui donne lieu à un véritable conflit de droits ». José J G Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, (Coimbra : Almedina, 2003), 1141.

⁵⁴⁹ Dans ces cas, la collision implique directement les titulaires des droits. Pour Edilsom Pereira de Farias, la collision se caractérise lorsque « la présomption de fait d'un droit intercepte la présomption de fait d'un autre droit fondamental. Par exemple, dans le cas de l'élaboration et la publication de caricatures offensives, le droit d'expression (art. 5, IX) peut entrer en conflit avec le droit à l'image (art. 5°, X). Dans le cadre des relations de travail, lorsque l'employeur, se fondant sur le droit de la propriété, demande aux employés de se soumettre à des fouilles, il se confronte dans ce cas à leur intimité. » Edilsom P. de Farias, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, (Porto Alegre : Fabris, 1996), 32.

⁵⁵⁰ Dans ce cas, la collision implique le titulaire du droit et la collectivité et/ou l'État, qui sauvegarde un bien juridique déterminé dont la préservation est fondamentale pour la continuité. Selon Canotilho, « il ne s'agit pas d'une valeur quelconque, intérêt, exigence, impérative de la communauté, mais d'un bien juridique ».

⁵⁵¹ Par exemple, le droit de propriété (art. 5° XXII) demeure avec la possibilité de l'expropriation, conditionnée à la nécessité ou l'utilité publique ou l'intérêt social, moyennant une compensation juste et préalable en argent (art. 5° XXVI). Le texte constitutionnel concilie l'inviolabilité de la correspondance (art. 5° XII) avec le bien « défense nationale », en autorisant la restriction du droit en question, en certaines époques de bouleversement sociaux (art. 139, II).

⁵⁵² De toute évidence, la loi infra-constitutionnelle devra toujours observer le noyau essentiel du droit, sous peine d'avis d'inconstitutionnalité. L'inviolabilité des communications téléphoniques, par exemple, peut être rompue par ordonnance du Tribunal pour enquête pénale ou procédure pénale, de forme prévue par la loi (art. 5° XII de la Constitution et Loi 9.296-96). La liberté de profession doit respecter les règles prévues par le droit commun en ce qui concerne la qualification professionnelle nécessaire (art. 5° XIII de la Constitution).

du droit fondamental à la vie privée par l'employé, dans le cadre des relations de travail, qui se heurte au droit à la propriété privée de l'employeur.

Le juge confronté aux possibles tensions entre les droits fondamentaux, dans une conception post-positiviste, devra faire un examen de « pondération » et décider quel droit ou quel bien va prévaloir dans ce cas concret. Il ne s'agit pas d'établir une hiérarchie des droits fondamentaux, mais seulement d'identifier des normes ayant des poids différents compte tenu du cas concret⁵⁵³. Ainsi, les magistrats, en analysant le cas concret, vont appliquer la technique de pondération (i) pour restreindre les droits fondamentaux des titulaires, tout en préservant son noyau essentiel (ii).

i. L'application de la pondération par la jurisprudence brésilienne

Lorsqu'il y a un conflit entre normes constitutionnelles, de même niveau hiérarchique, les deux étant valides, la décision normative finale devra satisfaire aux exigences de l'impératif d'optimisation et d'harmonisation des biens et droits en conflit, tout en observant les principes d'unité de la Constitution, et de la concordance pratique⁵⁵⁴. Le recours unique à l'interprétation constitutionnelle, cependant, ne suffit pas et c'est pour cette raison qu'a été développée une méthode de pondération des biens comme solution

⁵⁵³ Rufner, cité par Mendes, souligne qu'en Droit allemand, le postulat de la dignité de la personne humaine intègre les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel qui guide toutes les autres dispositions constitutionnelles. La garantie de l'éternité contenue dans l'art. 79, III, de la Loi Fondamentale, lui confère une position spéciale face aux autres préceptes. Rufner apporte l'exemple du droit de réunion à ciel ouvert, qui est plus important pour la formation de l'opinion publique que le droit de réunion en salles fermées. Mendes, Coelho, et Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 202. Pour illustrer, Mendes ajoute un arrêt du Tribunal Constitutionnel allemand sur l'engagement de soldats dans le service militaire armé, alors qu'un appel contre une décision administrative était en cours. Les plaignants ont fait valoir dans le recours constitutionnel l'idée que nul ne peut être engagé dans le service armé tant que le refus n'est pas exprimé, parce que, en vertu de l'art. 4, III, de la Loi Fondamentale, « nul ne peut être astreint, contre sa conscience, au service militaire armé ». Selon Mendes, le Tribunal Constitutionnel a considéré que, bien que la Loi Fondamentale garantisse le droit de refuser le service militaire, la question devait être résolue dans ce cas concret, en tenant compte également, de l'exigence relative au service militaire. Le TCA, après avoir souligné que le conflit entre droit fondamental de tiers et autres valeurs constitutionnellement protégées autorisait, exceptionnellement, l'établissement de restrictions aux droits expressément soumis à la réserve légale, a souligné que le conflit pourrait seulement être résolu si est identifiée la norme, dans ce cas concret, qui avait une plus grande importance. Mendes, Coelho, et Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 202.

⁵⁵⁴ Le Principe de l'unité de la constitution stipule que les divers préceptes qui composent le texte constitutionnel doivent être interprétés comme un tout et non de manière isolée ; alors que le principe de la concordance pratique fait valoir que l'interprétation des préceptes constitutionnels, visant une harmonisation efficace, doit atteindre la concrétisation maximale des droits concernés. Mendes, Coelho, et Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 92-93.

aux tensions entre droits fondamentaux.

La pondération des biens est une méthode qui consiste à adopter une décision de préférence entre les droits et les biens en conflit, déterminant ainsi quel bien ou quel droit va prévaloir⁵⁵⁵. La réalisation de la pondération des biens nécessite de répondre aux deux hypothèses de base : a) la collision de droits fondamentaux et de biens protégés constitutionnellement, dans laquelle la réalisation ou l'optimisation de l'un implique l'affectation, la restriction, ou même le non respect de l'autre ; b) l'absence d'une hiérarchie abstraite, à priori, entre les droits en collision; c'est-à-dire l'impossibilité d'établir une règle de prévalence définitive, quelque que soient les circonstances du cas concret⁵⁵⁶.

La pondération, également appelée principe de proportionnalité, au sens large de principe d'interdiction de l'excès, d'origine allemande⁵⁵⁷, est difficile à conceptualiser⁵⁵⁸. La doctrine brésilienne a déjà défini la proportionnalité comme « un paramètre d'évaluation des actes du Pouvoir Public afin d'évaluer s'ils correspondent à la valeur supérieure inhérente à tout système juridique : la justice⁵⁵⁹ ».

⁵⁵⁵ Juan Carlos G. de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, (Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1994), 216.

⁵⁵⁶ Juan Carlos G. de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, 216.

⁵⁵⁷ Selon Canotilho, la « pondération » prit son origine dans l'ensemble du droit administratif du siècle XIX et est finalement apparue non seulement dans le droit constitutionnel mais aussi dans l'ensemble du droit public. Selon l'auteur, l'application de ce principe dans le droit constitutionnel est apparue à travers les droits fondamentaux, principalement dans le cas de restriction législative, concrétisation de limites inhérentes et conflits entre les droits. Dans ce sens, ce principe émerge initialement comme technique de contrôle et de limitation du droit de la police de l'Administration publique, mais s'est développée comme technique de contrôle des limites aux droits fondamentaux. En ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité en Allemagne, Canotilho enseigne que « l'importance de l'étude du principe de proportionnalité en Allemagne est due au fait qu'il prit son contour actuel, élevé du droit administratif au droit constitutionnel par l'œuvre du *Bundesverfassungsgericht*, lequel, à partir de la deuxième Guerre Mondiale, a élaboré progressivement le principe via d'innombrables décisions reconnaissant que le législateur ne doit pas être dépassé dans sa liberté de mise en forme des droits fondamentaux. » José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, (Coimbra: Almedina, 2003), 1222.

⁵⁵⁸ Conceptualiser le principe de proportionnalité n'est pas une tâche simple, comme le mentionne Bonavides, citant Xavier Philippe, car il y a des principes qui offrent plus à la compréhension qu'à la définition et le principe de proportionnalité en fait partie. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, (São Paulo : Malheiros, 2015), 401-402.

⁵⁵⁹ Barroso affirme que, dans la leçon de Stumm, « le principe de proportionnalité au sens large et aussi appelé principe d'interdiction de l'excès, ayant comme caractéristiques qui le différencient de la proportionnalité au sens strict, l'exigence de la relation milieu et fin. » Luís Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, (Rio de Janeiro : Renovar, 2003), 225. Dans le même sens, Canotilho enseigne que « interdire l'excès n'est pas seulement interdire l'arbitraire ; c'est imposer, positivement, l'exigibilité, l'adéquation et la proportionnalité des actes des pouvoirs publics en relation avec les objectifs fixés. » Canotilho, *Curso de direito constitucional*, 530 et suiv.

Le Suprême Tribunal Fédéral⁵⁶⁰ a progressivement ouvert la voie à la réception de la technique de la pondération à travers ses deux sous-principes : adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict. Le « sous-principe de l'adéquation » exige que la restriction d'un droit fondamental soit en adéquation avec la préservation de l'autre droit fondamental, ou de l'autre valeur constitutionnelle en jeu ; le « sous-principe de la nécessité » vérifie l'absence d'un moyen moins restrictif à la préservation de l'intérêt opposé⁵⁶¹.

ii. Préservation du noyau essentiel

La pondération ne peut pas annuler un droit fondamental. Il faut respecter, même s'il ne sera pas applicable dans le cas, son noyau. La garantie du noyau essentiel protège les droits fondamentaux de la perte de leur contenu, qui représente l'essence ou la substance de la protection qui ne peut être affectée, sous peine de déclaration d'inconstitutionnalité de la mesure restrictive. Le législatif ou judiciaire ne peuvent que restreindre le cercle extérieur ; mais ne peuvent adopter des mesures qui impliquent la disparition, l'annulation ou la destruction de son noyau essentiel⁵⁶².

On remarque que les changements résultants du phénomène du néo-constitutionnalisme ont apporté un véritable « tournant copernicien⁵⁶³ » à la théorie du droit constitutionnel. De telles évolutions ont affecté non seulement le droit public, mais aussi le droit privé. Le droit du travail brésilien prend pour base la méthode de

⁵⁶⁰ STF, MS23466DF, Sepulveda Pertence, 17/06/1999. STF, RMS28487DF, Dias Toffoli, 26/02/2013.

⁵⁶¹ On cite, par exemple, les cas suivants : STF, RE18.331, Orozimbo Nonato, 05/05/76. STF, ADI1.158-AM, Celso de Mello, 20/04/1999.

⁵⁶² Konrad Hesse affirme que le noyau essentiel du droit fondamental protège contre l'approbation abusive ou l'excès de réserves légales, c'est à dire, contre sa dévalorisation furtive par le pouvoir public, appelée par le juriste excavation interne du droit fondamental. Cette excavation interne se produit en modifiant les actes normatifs qui imposent des restrictions non conformes aux dispositions de la Constitution elle-même. La Loi Fondamentale de Bonn, dans l'art. 19, § 2°, prévoit expressément la protection du noyau essentiel des droits fondamentaux : « en aucun cas, un droit fondamental ne pourra être affecté en son essence. » Konrad Hesse, se concentrant sur les restrictions juridiques publiques, souligne que de telles conditions s'imposent comme limitations nécessaires à la concordance pratique entre droits fondamentaux en conflits c'est à dire que ce sont des affectations essentielles à la coordination proportionnelle de droits fondamentaux pour que les deux aient une efficacité optimale. Il alerte sur le fait que la restriction ne doit jamais priver le droit fondamental de plus que le nécessaire à la protection du bien juridique opposé, et doit être adéquate pour produire la protection du même bien, nécessaire, et enfin, proportionnelle au sens strict. Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Tradução de Luís Afonso Heck. (Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998). 255.

⁵⁶³ Expression utilisé par Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, (Coimbra : Coimbra Editora, 1998), 132.

pondération (en préservant le noyau essentiel des droits fondamentaux) afin de fixer les limites du pouvoir de l'employeur par la jurisprudence.

§ 2^o Application des droits fondamentaux dans les rapports de travail

La répercussion du post-positivisme dans le droit du travail a consisté dans le fait que les normes constitutionnelles ont commencé à incorporer les sources normatives directes de cette branche du droit. Ainsi, les droits fondamentaux, conjointement avec les droits de la personnalité, sont devenus les principaux moyens légaux de limitation du pouvoir de l'employeur.

Les droits fondamentaux, en conséquence, lesquels produisaient traditionnellement leurs effets sur les rapports juridiques des personnes physiques et morales avec l'État (dimension subjective), produisent désormais leurs effets sur l'ordre juridique dans son ensemble, ce qui représente l'essence de l'État Démocratique de Droit, fonctionnant aussi bien comme limite que comme norme directrice pour l'action du pouvoir public (dimension objective). Nous étudierons, ainsi, la dimension subjective des droits fondamentaux (A), pour en analyser ensuite sa dimension objective, qui est celle permettant que ces droits soient efficaces dans les rapports entre particuliers (B).

A. Dimension subjective et fonction des droits fondamentaux

Le juriste allemand Georg Jellinek a été le responsable pour avoir systématisé une dimension subjective aux droits fondamentaux. La dimension subjective des droits fondamentaux correspond à la caractéristique qu'ont ces droits de conférer à son titulaire « la prétention d'exiger de quelqu'un [de l'Etat et des autres particuliers] - un comportement particulier à son encontre⁵⁶⁴ ».

⁵⁶⁴ D'après Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 84 ; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, 192 ; Canotilho, *Direito constitucional*, 547 ; Gilmar F. Mendes ; Paulo G. G. Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, (Brasília : Brasília Jurídica, 2002), 108.

Le même droit fondamental peut assumer un « caractère négatif » aussi bien qu'un « positif ». Se concentrant sur le caractère négatif de la dimension subjective, le droit fondamental attribue à son titulaire le droit d'exiger de l'État une abstention d'intervention dans sa sphère juridique, autrement dit, « impose au pouvoir public le devoir de ne pas aggraver la sphère juridique du citoyen⁵⁶⁵ ». Par son « caractère positif », l'État doit « créer des conditions factuelles et juridiques pour l'exercice du droit fondamental, tout comme protéger son titulaire d'agressions provenant de tiers⁵⁶⁶ ».

Le *caractère négatif* des droits fondamentaux a trait à la théorie libérale de l'état de droit bourgeois, défendue par Carl Schmitt, dans laquelle l'État se doit de respecter la sphère juridique du citoyen, n'assumant pas, en conséquence, d'obligation pour la réalisation des libertés publiques.

Cette théorie a été dépassée par la théorie de l'état social, qui relève le caractère positif des droits fondamentaux, en démontrant que, pour atteindre la liberté véritable, en contre-position de la liberté essentiellement juridique, on impose certaines prestations des états. La liberté de la presse, comprise comme étant conforme à la théorie de l'état social, justifie l'obligation de l'état de favoriser des conditions économiques qui puissent stimuler la pluralité des entreprises du secteur de la communication ; la liberté de culte exige de l'État la création des bases économiques nécessaires à l'existence des communautés religieuses⁵⁶⁷.

La théorie de l'état social modifie la conception suivant laquelle les droits fondamentaux seraient des droits de caractère négatif dévoués exclusivement aux agressions de l'État, autrement dit, elle dépasse la vision restreinte des droits fondamentaux. Le paradigme du *Welfare State*, distingue une nouvelle théorie des droits fondamentaux, selon laquelle les droits fondamentaux, pour qu'ils soient effectifs, ont besoin d'être protégés institutionnellement et enrichis par des actes normatifs qui lui offrent de la direction, de la sécurité, du contenu et de la fonction. Les lois, contrariant la conception de la théorie libérale de l'état de droit bourgeois, au lieu de limiter les droits fondamentaux, servent à les concrétiser. On relèvera que la théorie institutionnelle des droits fondamentaux s'applique aussi bien aux droits fondamentaux à caractère manifestement institutionnel, comme par rapport aux droits fondamentaux em général, en

⁵⁶⁵ José J. G. Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, (Coimbra : Coimbra Editora, 2004), 76.

⁵⁶⁶ Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, 76.

⁵⁶⁷ Ernst-Wolfgang Bockenforde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, (Baden-Baden : Nomos, 1993), 78-79.

particulier ceux énoncés avec la liberté⁵⁶⁸.

Selon le paradigme du *Welfare State*, le législateur n'est plus un ennemi des droits fondamentaux pour devenir directement responsable du fait de la réalité qu'il représente dans la société civile. L'État, dans la condition de principal protecteur des droits fondamentaux, s'oblige à créer des institutions et à remodeler celles qui existent déjà, car même les droits individuels de la matrice libérale exigent l'action de l'État. En dernier lieu, le pouvoir public a le devoir d'assurer une protection face à des menaces aux droits fondamentaux provenant d'autres particuliers ou d'États étrangers⁵⁶⁹. Konrad Hesse relève le rôle important du législateur dans le processus de concrétisation des droits fondamentaux⁵⁷⁰.

Partant de cette perspective négative et positive des droits fondamentaux, la jurisprudence⁵⁷¹ et la doctrine⁵⁷² proposent une classification des droits fondamentaux conformément à la fonction exercée par ceux-ci face à l'État, le scindant en deux groupes : (1) les « droits de défense » (qui correspondent à la manifestation du caractère négatif des droits fondamentaux) ; et (2) les « droits à la prestation » (qui correspondent à la

⁵⁶⁸ Ernst-Wolfgang Bockenforde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, 53-54.

⁵⁶⁹ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, (Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006), 161-162.

⁵⁷⁰ « Pour qu'ils puissent devenir efficaces, il manque à la majorité des droits fondamentaux l'organisation juridique des conditions de vie et de projets de vie qu'ils doivent garantir. Cette organisation est, en premier lieu, la tâche de la législation. Elle peut se fixer une fonction constitutionnelle définie, qui oblige le législateur à régler les détails. [...] Elle démontre, lors d'une mesure spéciale, que le législateur, pour lequel cette organisation est préférentielle, ne peut non seulement être considéré un ennemi des droits fondamentaux, mais que dans le contexte des droits fondamentaux, il lui échoit une tâche positive. » Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*, (Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998), 247-248.

⁵⁷¹ Voir, par exemple, « Comme je l'ai analysé dans des études doctrinaires, les droits fondamentaux ne contiennent pas seulement une interdiction d'intervention (*Eingriffsverbote*), qui exprime également un postulat de protection (*Schutzgebote*). Il y aurait, ainsi, pour utiliser l'expression de Canaris, non seulement une interdiction d'excès (*Übermassverbot*), mais également une interdiction de protection insuffisante (*Untermassverbot*) (Claus Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p.161.). Dans cette dimension objective, la perspective des droits à l'organisation et à la procédure gagne également en importance (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), qui sont ces droits fondamentaux qui dépendent, pour leur réalisation, de mesures d'État visant la création et la conformation d'organes et de procédures indispensables à sa réalisation. Je remarque, dans cette perspective, les contributions de Stephen Holmes et de Cass Sunstein pour la reconnaissance que toutes les dimensions des droits fondamentaux ont des coûts publics, ce qui donne un relief significatif au thème de la « réserve du possible », spécialement si l'on démontre la « carence des ressources » et la nécessité de faire des choix directionnés, en concluant, à partir de la perspective des finances publiques, que prendre au sérieux les droits signifie prendre au sérieux la carence. » STF, STA238TO, Gilmar Mendes, 21/10/2008. Aussi dans la jurisprudence du STF, voir : STF, SL228CE, Gilmar Mendes, 14/10/2008. STF, AgRSL764AM, Ricardo Lewandowski, 04/02/2015. STF, RE836137RN, Roberto Barroso, 22/10/2014. STF, ARE694436PI, Gilmar Mendes, 27/05/2014.

⁵⁷² Pour tous, voir : Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, 83 Sarlet, *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 155-157, Vieira Andrade, *Os direitos fundamentais*, 192 e seg.

manifestation du caractère positif des droits fondamentaux)⁵⁷³.

1) *Caractère négatif des droits fondamentaux : droits de défense*

En vertu de son *caractère négatif*, les droits fondamentaux exerceraient une fonction de droits de défense, laquelle serait réalisée sous une double perspective : ils constituent des normes de compétence négative pour les pouvoirs publics, en interdisant l'ingérence de tels pouvoirs dans la sphère individuelle ; et, d'un autre côté, impliquent le pouvoir d'exiger des omissions de l'État⁵⁷⁴.

Les droits de défense se caractérisent par le fait d'imposer à l'État un devoir d'abstention, un devoir de non-interférence et de non-intromission. Ils correspondent aux droits fondamentaux qui sont apparus dans le cadre historique de l'État Libéral Bourgeois comme un moyen de limiter les pouvoirs du souverain. Ils sont principalement liés à la protection de la vie et de la propriété ainsi qu'aux libertés individuelles, telles que, la liberté intime de pensée, de religion et de profession, montrant ainsi un aspect de la doctrine du droit naturel. Leur titulaire est l'individu et ils sont opposés à l'État, ils se traduisent comme des facultés ou comme des attributs propres à la personne de s'opposer ou de résister au pouvoir de l'État, et montrent un degré élevé de subjectivité⁵⁷⁵.

On peut donc affirmer que les droits de défense ont pour but la limitation de l'État, afin d'éviter les abus commis par les pouvoirs publics et pour assurer à l'individu un domaine de liberté. Ils concèdent un droit subjectif qui permet à son titulaire de

⁵⁷³ Cette division- appelée de critère fonctionnel des droits fondamentaux- n'est pas fixe, car un même droit fondamental, peut parfois prendre la forme d'un droit de défense, parfois celle d'un droit à la prestation, suivant la position assumée par son titulaire face à l'État. Pour cette raison, l'inclusion d'un droit fondamental dans un groupe quelconque se base sur l'influence du caractère défensif ou prestationnel observée dans le cas concret, ce qui n'annule point son autre dimension. Il est important de noter, encore, l'intime relation qui s'établit- même sur plan doctrinaire- entre les droits de défense et les droits à la prestation. Reconnaître les droits de défense signifie imposer le droit à l'existence des tribunaux, le droit à la juridiction, le droit à la décision judiciaire, car de tels droits seront réalisés de manière efficace sous la seule condition dans laquelle l'État créera des tribunaux, établira des processus et des procédés, organisera la magistrature. Dans cette perspective, les droits de défense, dans la pratique, ne sont pas si différents des modernes droits à la prestation, comme le droit à la santé, le droit à l'école, le droit à l'habitation, puisqu'ils exigent aussi la même structure de base des prestations factuelles de l'État. Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, (Coimbra Editora, 2004), 77.

⁵⁷⁴ Mendes et Branco, *Curso de direito constitucional*, 236

⁵⁷⁵ En plus du fait qu'ils entrent dans la catégorie du *statut négatif de Jellinek*, ils mettent en évidence la nette séparation entre la société et l'État, appréciant le caractère anti-étatique des libertés publiques. Mendes et Branco, *Curso de direito constitucional*, 157.

s'opposer à des interférences inappropriées dans le domaine de la protection de son droit fondamental, ou, même, d'éliminer des manifestations qui agressent la sphère de son autonomie personnelle. Ainsi, les droits de défense sont dirigés contre les actions des pouvoirs publics qui ont une obligation d'abstention et de devoir de respect envers les intérêts individuels ; c'est seulement dans certaines hypothèses et sous certaines conditions que l'on exigera une omission d'ingérences et une intervention dans la sphère de la liberté personnelle. En conséquence, cette fonction défensive des droits fondamentaux n'implique point une exclusion totale de l'État, mais seulement la formalisation et la limitation de cette intervention, dans le sens d'une identification de l'ingérence de la part des pouvoirs publics dans certaines conditions et présupposés de nature matérielle et procédurière, de sorte que l'intervention obéisse à des limitations dictées par la propre Constitution⁵⁷⁶.

En tant que prétentions négatives, les droits de défense possèdent quatre attributs, traduits ainsi : non empêchement de la pratique d'un acte déterminé, ils bloquent des interférences étatiques dans la sphère de liberté des individus et, sous cet aspect, constituent des normes de compétence négative pour les pouvoirs publics car ils interdisent que l'État limite les agissements de l'individu, en prenant un exemple dans la liberté de manifestation de la foi, par la libre expression de l'opinion et par la liberté de confession religieuse ; non-intervention par rapport à des positions subjectives, ils protègent les individus contre les actions du propre État et aussi des particuliers interférant de par leurs positions subjectives, prenant l'exemple de la protection de la vie, par l'interdiction de violation du domicile et par l'inviolabilité de l'intimité et de la vie privée ; non-élimination de positions juridiques, ils traduisent l'obligation de l'État de non-dérogação des réglementations juridiques nécessaires pour la protection d'un quelconque droit fondamental, prenant l'exemple dans l'interdiction par l'Etat de mettre fin à la réglementation sur la propriété et l'héritage ; faculté de ne pas jouir de positions prévues dans la norme ; ils garantissent au titulaire d'un droit fondamental la faculté de ne pas exercer un pouvoir déterminé ; prenant l'exemple du droit de ne pas se réunir, étant pourtant détenteur du droit de se réunir, et de ne pas s'associer, étant pourtant détenteur du droit de libre association⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, (Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2004), 210.

⁵⁷⁷ Gilmar F. Mendes; Inocêncio M. Coelho; Paulo Gustavo G. Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, (Brasília: Brasília Jurídica, 2002), 141-142.

2) *Caractère positif des droits fondamentaux : droit à la prestation*

Le *caractère positif* des droits fondamentaux, qui impose à l'État le devoir de créer des conditions factuelles et juridiques pour l'exercice du droit fondamental, comme aussi celui de protéger son titulaire d'agressions provenant de tiers, est classé, prenant en compte sa fonction, comme un *droit à la prestation*.

Dans les rapports juridiques, les *droits à la prestation* correspondent à une obligation de faire ou de donner. Ainsi, le titulaire du droit fondamental dispose d'une prétention aux prestations de la part de l'État, qu'elles soient de nature législative, administrative, l'omission étatique étant bloquée⁵⁷⁸.

Ils correspondent aux droits fondamentaux nés au XX^{ème} siècle, dans un contexte philosophique et politique de caractère idéologique fondé sur l'égalité. Ce sont les droits sociaux, culturels et économiques, comme aussi d'ailleurs les droits collectifs ou de collectivités, proclamés dans les déclarations solennelles des constitutions marxistes et aussi, d'une manière classique, dans le constitutionnalisme de la social-démocratie de la seconde post-guerre. Ils se présentent comme des droits qui exigent de l'État des prestations matérielles, qui ne sont pas toujours payées par manque de ressources financières⁵⁷⁹.

Dans ce sens, on entend que les droits aux prestations se rattachent à la conception qu'il incombe à l'État non seulement la non-intervention dans la sphère de liberté personnelle des individus, mais également la tâche de mettre à la disposition des citoyens les moyens nécessaires à l'exercice de ces libertés. On garantit ainsi non seulement la liberté-autonome, mais aussi la liberté par l'intermédiaire de l'État⁵⁸⁰.

La fonction des droits à la prestation est exécutée lorsque l'on concède au particulier le droit d'obtenir quelque chose au moyen du pouvoir public, remettant aux individus une situation juridique de sujet de droits face à l'État qui leur doit une action

⁵⁷⁸ Pensée accueillie au Brésil dans Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 195 ; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, (São Paulo: Malheiros, 2015), 669-681 ; Gilmar F. Mendes; Paulo G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, (São Paulo : Saraiva, 2015), 160-161.

⁵⁷⁹ Gilmar F. Mendes; Paulo G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 237.

⁵⁸⁰ Partant de la prémisse suivant laquelle l'exercice des droits fondamentaux dépend d'une posture active des pouvoirs publics, qui correspond au statut positif de Jellinek. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 200.

positive.

Alexy divise les droits fondamentaux « à la prestation » en « droits de protection » (i) et en « droits à l'organisation et au processus » (ii), qui seraient les « droits prestationnaires au sens large » ; en outre il qualifie comme « droit à la prestation » les droits sociaux, qu'il a appelés de « droits prestationnaires au sens strict » (iii).

i. Droits à la prestation comme droit de protection

Les « droits de protection », sous-classification des « droits à des prestations au sens large », concèdent à l'individu le droit d'exiger de l'État la protection nécessaire contre des ingérences rendues possibles par des tiers. À l'État, au vu du devoir général de concrétisation des droits fondamentaux, il revient de veiller à la protection des droits fondamentaux des individus, non seulement contre des ingérences indues de la part des pouvoirs publics, mais aussi contre des agressions provenant de particuliers et même provenant d'autres États. Le devoir de protection est reconnu dans un caractère répressif, aussi bien que préventif, au moyen de l'adoption de mesures positives pour garantir et protéger de forme effective l'usufruit des droits fondamentaux. Ainsi, les modes de réalisation de cette protection sont multiples, ils peuvent se produire par l'édition de normes pénales, de normes procéduriales, d'actes administratifs et même par le fait d'une action concrète des pouvoirs publics⁵⁸¹.

Pour ce motif, les droits de protection, en qualité de droits à la prestation au sens large, imposent à l'État non seulement le droit de s'abstenir de léser les biens juridiques fondamentaux, mais aussi le devoir d'agir de manière positive en promouvant et protégeant de tels biens de toute menace, même de celles qui proviennent d'autres individus ou d'autres États.

Mendes les divise en trois catégories : (a) le « devoir de prohibition » (*Verbotspflicht*), consistant dans le devoir de prohiber des conduites déterminées préjudiciables aux droits fondamentaux ; (b) le « devoir de sécurité » (*Sicherungspflicht*), qui impose à l'État le devoir de protéger l'individu contre des attaques de tiers moyennant l'adoption de mesures diverses ; (c) le « devoir d'éviter des risques » (*Risikopflicht*), qui impute à l'État le devoir d'agir dans le but d'éviter des risques qu'encourt le citoyen,

⁵⁸¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 435 et ss.

spécialement par rapport au développement technique et technologique⁵⁸².

Un des problèmes liés aux « droits de protection » se traduit par l'identification des mesures nécessaires pour la promotion de la sécurité des droits fondamentaux face à des tiers. Selon Peter Häberle, les droits prestationnaires « sont toujours ouverts, étant, donc, moins normatifs et surtout moins denses que le jus cogens, dû, en grande partie, à sa marge propre d'élasticité toujours nécessaire⁵⁸³ ». Ainsi, bien que les particuliers identifient que dans une situation déterminée une attitude du pouvoir public face aux nombreux concitoyens ou États étrangers soit nécessaire, à la fin, ils restent à la merci de l'administrateur public qui a toute la liberté de se conformer dans la satisfaction du droit d'être protégé.

Des mesures effectives peuvent être adoptées pour la promotion de la sécurité et pour diminuer les risques de violation des droits fondamentaux, des mesures inefficaces peuvent être choisies, sous l'allégation d'exercice de pouvoir discrétionnaire. A la faible densité normative des droits de protection, s'ajoute encore la question de savoir si une telle effectuation doit se soumettre à la réserve de ce qui est financièrement possible, thème largement étudié, notamment quant à l'efficacité des droits sociaux.

ii. Les droits à la prestation comme droits à l'organisation et à la méthode

Les « droits aux prestations au sens large », sous la conception « de droits à l'organisation et à la méthode », s'associent à l'idée que certains droits fondamentaux dépendent, pour leur réalisation, d'actions concrètes de l'État dans l'objectif de créer et de configurer des organismes, des secteurs ou des bureaux destinés à organiser l'usufruit des garanties référées, étant présentées comme de véritables garanties institutionnelles. Dans certains cas, l'organisation et la méthode représentent, d'ailleurs, le seul moyen d'arriver à l'efficacité du droit fondamental ; ce qui nous conduit à l'argument prétendant que certains droits fondamentaux concèdent d'authentiques droits subjectifs de protection au moyen de l'organisation et de la méthode⁵⁸⁴.

⁵⁸² Mendes, Coelho et Branco *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 12.

⁵⁸³ Peter Häberle, *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, (Madrid : Tecnos, 2002), 165.

⁵⁸⁴ Konrad Hesse, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", *EuGRZ*, (1978) : 82 cité par Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 210.

De cette façon, les « droits à l'organisation et à la méthode » exigent de la même façon une prestation normative dans le but de créer les structures d'organisation nécessaires et pour que les méthodes demandées directement ou indirectement par le droit fondamental soient établies. Après la création de l'organisme et l'organisation de la méthode, l'efficacité du droit fondamental sera garantie⁵⁸⁵. Cependant, dans une interprétation plus ample de ce qui semble correct à l'organisation et à la méthode, on peut supposer que la reconnaissance de normes et/ou principes nécessaires à la préservation du droit fondamental soit suffisante, la création d'un organisme spécifique responsable de l'intérêt porté au soin du droit fondamental ventilé n'étant pas nécessaire⁵⁸⁶.

Comme exemples des « droits à l'organisation et à la méthode » nous avons la liberté d'association (CF, art. 5°, XVII), les garanties procéduriales de défense et du contradictoire (CF, art. 5°, LV), le droit au jugement impartial (CF, art 5°, XXXVII), le droit des partis politiques aux ressources des partis et à la propagande politique gratuite dans les moyens de communication⁵⁸⁷.

iii. Les droits à la prestation au sens strict

Enfin, il y a les « droits aux prestations au sens strict », qui correspondent aux droits sociaux, liés à la conception du *Welfare State*. Ils ont été conçus afin d'atténuer les inégalités de fait de la société et pour permettre la libération des nécessités du plus grand nombre d'individus. Dans la Constitution brésilienne ils sont énumérés avec mention à l'art. 6° en rapport avec l'éducation, la santé, le travail, le loisir, la sécurité, la sécurité sociale, la protection de la maternité, l'assistance aux plus démunis. Comme pour les droits de protection, les droits aux prestations au sens large, en général, revêtent une faible densité normative, ce qui diffi-culte leur applicabilité par le Judiciaire, en dehors du fait de se soumettre à la réserve du financièrement possible, ou autrement dit, ce sont des droits qui dépendent de l'existence de ressources financières pour leur réalisation. On relèvera, en conséquence, la dimension économique des droits sociaux devant se soumettre à la dépendance de l'installation de politiques publiques pour que son exécution

⁵⁸⁵ Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 651.

⁵⁸⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 456-457.

⁵⁸⁷ Mendes ; Coelho et Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 206 et suiv.

se matérialise.

Dans ce sens, nous concluons que tous droits matériels- incluant même les droits de défense - postulent une dimension procédurière, et pour cela, les reconnaître implique nécessairement reconnaître des droits subjectifs à la prestation pour la garantie de ces mêmes droits. En résumant, les citoyens détiennent la faculté d'exiger de l'État les méthodes adéquates qui puissent garantir leurs droits face au pouvoir public et aux concitoyens⁵⁸⁸. En suivant la doctrine d'Alexy - partage des droits fondamentaux en droits de défense et droits à la prestation, et de ceux-ci en droit à la prestation au sens large (droits de protection et droits à l'organisation et à la méthode) et droits à la prestation au sens strict (les droits sociaux) - par faculté d'exiger de l'État on comprend les méthodes adéquates, l'exercice d'un droit prestationnaire à l'organisation et à la méthode ; par droits devant le pouvoir public, on comprend l'exercice des droits de défense ; et par droits face aux concitoyens, on comprend la manifestation des droits de protection.

B. Dimension objective des droits fondamentaux : application des normes constitutionnelles dans les rapports de travail.

Les droits fondamentaux possèdent une double dimension : une subjective, en tant que garantie individuelle d'exigence de comportements déterminés soit négatifs ou positifs, de la part de l'État et des autres particuliers ; et une objective, dans la condition de système de valeurs d'un État Démocratique de Droit, qui fonctionne simultanément comme directrice et comme limite au pouvoir public⁵⁸⁹. Ce fut la reconnaissance par la jurisprudence brésilienne de la dimension objective des droits fondamentaux - et de sa conséquente « efficacité propagatrice⁵⁹⁰ » (1) qui a permis l'application de ces normes constitutionnelles dans les rapports entre particuliers (2).

⁵⁸⁸ Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, 78.

⁵⁸⁹ En procédant explicitement cette distinction entre une dimension subjective et une dimension objective des droits fondamentaux, voir : STF, ARE827239PE, Cármen Lúcia, 26/08/2014. STF, RE440028SP, Marco Aurélio, 29/10/2013.

⁵⁹⁰ Virgílio Afonso da Silva, *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, (São Paulo : Saraiva), 2014.

1) *Reconnaissance jurisprudentielle de la dimension objective des droits fondamentaux*

La théorie des quatre statuts de Georg Jellinek concevait les droits fondamentaux *uniquement dans leur dimension subjective*, en accord avec le paradigme régnant du XIX^{ème} siècle⁵⁹¹.

Le « caractère objectif » des droits fondamentaux apparaît seulement avec la venue de la théorie des valeurs, ainsi nommée. Selon cette théorie, les droits fondamentaux constituent des valeurs objectives qui forment un système unitaire de principes provenant de la dignité de la personne humaine. Ainsi, au-delà de leur fonction de droits subjectifs, les droits fondamentaux constituent également des valeurs objectives, des biens juridiques s'imposant à l'obéissance de tous par la force de la propre Constitution.

Aussitôt après la fin de la Seconde Guerre Mondiale, face à la nécessité d'une plus grande protection de la dignité de la personne humaine, celle-ci ayant été méprisée durant de longues années de combat, la dimension objective des droits fondamentaux mise en valeur par la théorie des valeurs trouve un terreau fertile pour se fortifier⁵⁹².

On a développé, dans les États sociaux et démocratiques de la période post-guerre, ne serait-ce que de manière diffuse, la notion suivant laquelle les droits fondamentaux constituent, dans leur ensemble, un ordre subjectif de valeurs qui conditionne d'une manière constitutionnelle toute l'action des pouvoirs constitués, se propageant dans toutes les branches du droit. Même si l'on considère que les normes de droits fondamentaux prévoient principalement des positions subjectives, on doit reconnaître une dimension objective⁵⁹³.

Une telle conception de la Constitution, en tant que statut axiologique de la société, apparaît être un produit du constitutionnalisme germanique, basé sur l'idée que l'ensemble de valeurs établies dans ce document devrait orienter et configurer non seulement l'ordre juridique étatique, mais également tous les secteurs de la société. La formulation de cette thèse s'insère dans un contexte de rapprochement des postulats

⁵⁹¹ Peter Haberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, (Madrid : Dykinson, 2003), 113-114.

⁵⁹² Jorge R. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*, (Coimbra : Coimbra Editora, 2003), 63-64.

⁵⁹³ Novais. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*, 57-58.

jusnaturalistes à la suite de l'expérience du régime naziste. Les droits fondamentaux simultanément, assurent des positions juridiques subjectives aux individus face à l'État, et véhiculent un ordre de valeurs objectif, qui doit commander toute la vie en société⁵⁹⁴.

Enfin, dans une « dimension objective », les droits fondamentaux protègent les biens juridiques les plus précieux de la société, en somme, ceux qui représentent l'expression du principe de la dignité de la personne humaine ; ils forment un système unitaire de valeurs que le pouvoir public doit rechercher avec insistance, joignant l'Exécutif, le Judiciaire et le Législatif ; et ils constituent la base des normes juridiques d'un État Démocratique de Droit, en s'étendant à toutes ses branches^{595 596}.

Dans la condition de valeurs-guides de l'État- dans sa dimension objective- ils produisent des réflexes dans toutes les branches du droit. Affirmer que les droits fondamentaux possèdent une dimension objective « signifie reconnaître que les valeurs qui donnent du poids aux droits fondamentaux pénètrent dans toutes les branches du droit, ce qui conditionne l'interprétation des normes légales et fonctionne ainsi que des impulsions et des lignes directrices pour le législateur, l'administration et le Judiciaire⁵⁹⁷ ».

L'efficacité contagiante, dans ce sens, rend possible « l'humanisation » de l'ordre juridique, exigeant que toutes ses normes soient, au moment de l'application, ré-examinées par l'opérateur du droit avec un nouveau regard, qui prendra le spectre de la dignité humaine, de l'égalité substantielle et de la justice sociale, imprégnées dans le tissu constitutionnel⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Luís Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* (Rio de Janeiro : Renovar, 2003), 149-150.

⁵⁹⁵ « La dimension objective résulte de la signification des droits fondamentaux comme principes de base de l'ordre constitutionnel. Les droits fondamentaux participent de l'essence de l'État de Droit Démocratique, fonctionnant comme une limite du pouvoir et une directrice pour son action. Les constitutions démocratiques assument un système de valeurs que les droits fondamentaux révèlent et concrétisent. Ce phénomène fait que les droits fondamentaux influent sur toute l'ordonnance juridique, en servant de boussole pour l'action de tous les pouvoirs constitués. » Mendes; Branco, *Curso de direito constitucional*, 167. Dans le même sens, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, (Brasília: Brasília Jurídica, 1996), 138-139 ; Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 146.

⁵⁹⁶ La dimension objective des droits fondamentaux est aussi objet de reconnaissance jurisprudentielle au STF : « Une question plus sensible parle de la possibilité qu'une personne juridique de droit public vienne à titulariser des droits fondamentaux. Finalement, les droits fondamentaux naissent de l'intention de garantir une sphère de liberté face justement aux Pouvoirs Publics. De nouveau, ici, une réponse négative absolue ne conviendrait pas, même pour cause de pression de certains développements des droits fondamentaux du point de vue de leur dimension objective. » STF, ACO:1822PE, Celso de Mello, 06/11/2014.

⁵⁹⁷ Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, (Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004), 122.

⁵⁹⁸ Selon Novais, il résulte de l'efficacité contagiante des droits fondamentaux dans toutes les normes juridiques d'un Etat comme expression de sa dimension objective -, entre autres choses, les conséquences

La doctrine post-positiviste nationale montre- et elle est suivie par la jurisprudence du STF⁵⁹⁹ - que l'aspect objectif des droits fondamentaux dans l'ordonnance juridique nationale peut être démontré par l'analyse du dispositif constitutionnel qui attribue un statut de « *cláusula pétria* » (« clause immuable ») à ces préceptes (CF, art.60, § 4°). Le congrès a explicité la signification très spéciale des droits fondamentaux comme éléments qui structurent l'ordre juridique objectif, lui attribuant une dimension négative aussi bien qu'une dimension positive. Cette conception place

suivantes : l'interdiction des actes normatifs de n'importe quelle branche du droit de faire face à ce système de valeurs, sous peine d'être jugés inconstitutionnels ; l'interprétation restrictive des lois établissant des restrictions aux droits fondamentaux, sous peine d'inconstitutionnalité ; le raccordement du Pouvoir Judiciaire aux droits fondamentaux dans la résolution des cas concrets lorsque l'on constate une lacune dans la législation ; l'efficacité des droits fondamentaux dans les rapports privés ; l'obligation de l'État de fournir les conditions objectives minimales pour un exercice effectif des droits fondamentaux en échange de normes d'organisation et de méthode ; le devoir de l'État de protéger les particuliers contre la violation de leurs droits fondamentaux non seulement face à des personnes publiques, mais aussi face à des menaces provenant d'autres particuliers. Voir : Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*, 81-82.

⁵⁹⁹ Dans ce contexte, nous retiendrons un passage très illustratif du voeu proféré par le ministre Marco Aurélio, en lieu de HC, exposant la position STF en ce qui concerne l'aspect objectif des droits fondamentaux. Selon le Ministre, les droits fondamentaux forment un système de valeurs objectives, de véritables principes structurants d'un droit interne, qui doivent orienter le rôle des trois pouvoirs : « la Constitution de 1988 a représenté une charnière entre l'ancien régime totalitaire et une période de redémocratisation du Pays, marquant, ainsi, une époque ayant pour modèle d'action de l'État le respect inconditionnel pour les droits fondamentaux. Pour cela même, le système constitutionnel des droits fondamentaux, prévu dans l'article 5° de la Carte, avec les éventuels ajouts du §2°, reflète, dans une large mesure, la propre essence de la Constitution et la reprise du processus de démocratisation et de la garantie des citoyens contre les abus et l'arbitraire dans l'exercice du Pouvoir Public. Les droits fondamentaux sont aujourd'hui de véritables principes structurants de l'organisation et du fonctionnement de l'État, des valeurs objectives qui servent à l'organisation et au fonctionnement de l'Etat, des valeurs objectives qui servent de repère pour l'action étatique à ses plus divers niveaux : dans le Législatif, ils forment un catalogue de principes et de garanties qui renseignent et orientent toute l'activité de création des normes et de concrétisation des préceptes constitutionnels ; dans l'Exécutif, ils se montrent de véritables limites à l'exercice du pouvoir administratif, en servant de tranchées de la protection de la liberté du citoyen ; et dans le Judiciaire, ils reflètent la base et le fondement nécessaire de la compréhension et de l'interprétation de nos normes- effet interprétatif-, en évitant que l'activité juridictionnelle se transforme en des mesures discrétionnaires ou en mesures illégitimes d'options politiques alignées en choix personnels des juges. La permanence d'un système solide, moderne et socialisant des droits fondamentaux signifie, en dernier lieu, le maintien et le perfectionnement du propre régime démocratique d'un État constitutionnel. C'est le devoir de la société, des juristes, des interprètes, des juges et, principalement, le nôtre, nous membres de ce Tribunal, gardien officiel et ultime de la Constitution, de garantir que ce système garde l'efficacité maximale possible, lui reconnaissant et même lui concédant une force normative au moyen de nos décisions, de manière à laisser de tels droits fondamentaux vivants et efficaces face à l'État et à la société civile. Voilà la position que nous devons adopter dans l'analyse des problèmes constitutionnels qui nous arrivent chaque jour, et c'est sur ce point que réside notre fonction institutionnelle et, plus que cela, la propre espérance du citoyen dans les institutions brésiliennes, spécialement dans le Suprême Tribunal Fédéral, pour lequel il revient, dans la République Fédérative du Brésil, le dernier mot sur les contretemps ayant eu lieu. Cette posture démocratiquement adéquate face à la Constitution nous oblige, par imposition des principes constitutionnels, à interpréter globalement les droits fondamentaux de façon à comprendre les exceptions à ce système de manière rigoureusement stricte. Cela étant, il revient au Suprême Tribunal Fédéral d'amplifier la protection des droits fondamentaux en échange d'une construction constitutionnelle et de se restreindre à une interprétation quasi littérale dans les hypothèses de limitation de ces droits, même étant explicites dans le corps de la propre Carte Politique. Il n'est pas permis à ce Tribunal ou à tout herméneute de la Constitution d'interpréter ouvertement ou de forme amplifiée les préceptes impliquant une diminution de l'efficacité des droits fondamentaux. » STF, HC82424/RS, Marco Aurélio, 17/10/2003.

l'État non seulement en position d'adversaire des droits fondamentaux, mais spécialement en tant que son gardien. Ainsi, même si l'on ne reconnaît pas face à l'État une prétention subjective (« droit de défense »), on identifie une prétention objective de prendre des mesures pour la concrétisation du droit fondamental, en interdisant, dans ce cas, l'omission du pouvoir public⁶⁰⁰.

Un des principaux effets de l'efficacité contagieuse des valeurs constitutionnelles, à partir de la reconnaissance d'une dimension objective des droits fondamentaux, a été le développement de la dite théorie de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux.

2) *Efficacité horizontale des normes constitutionnelles de droits fondamentaux*

Les droits fondamentaux ont été reconnus au XIX^{ème} siècle comme droits subjectifs publics opposables à l'Etat. Dans les conditions de limitations imposées au pouvoir public, celui-ci était l'unique destinataire de tels préceptes ; ce qui représentait un obstacle à son application dans les rapports privés. Au XX^{ème} siècle, cependant, la publication de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a ouvert des possibilités pour invoquer les droits fondamentaux dans le traitement des rapports entre particuliers. Dans les années 40, est apparue dans la jurisprudence américaine la *state action*, appelée ainsi, selon laquelle les droits fondamentaux pourraient être invoqués dans la sphère privée. En Allemagne, le thème est devenu une évidence dans les années 50 dans l'expression « *Drittwirkung der Grundrechte* », traduite par efficacité des droits fondamentaux face à des tiers⁶⁰¹.

La doctrine du *state action* a été adoptée par la Cour Suprême américaine dans les jugements où l'on invoquait la 14^{ème} Correction du *Bill of Rights* ou, plus concrètement, la clause de la *equal protection of the laws*⁶⁰². Malgré le fait qu'elles aient représenté une importante avancée doctrinaire quant à l'application des droits

⁶⁰⁰ Gilmar F. Mendes, *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, (São Paulo : Saraiva, 2004), 119-120.

⁶⁰¹ Voir, sur la *Drittwirkung*, Spielmann Dean, "Drittwirkung," in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre (Paris : PUF, 2008), 301-303. Luís Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas*, (Rio de Janeiro : Renovar, 2003), 132-134.

⁶⁰² Barroso, *A nova interpretação constitucional*, 169.

fondamentaux dans les relations privées, ces garanties ont continué d'être interprétées sous un regard exclusivement publicitaire. Selon ses défenseurs, les droits fondamentaux pourraient être invoqués dans les rapports privés dans l'hypothèse d'une existence de quelque action étatique, même étant indirecte ; ou si un particulier se comportait comme s'il était lui-même l'État. Dans ce dernier cas, même si l'on peut admettre l'absence de participation directe ou indirecte de l'État, les droits fondamentaux seraient applicables devant la constatation de la nette prépondérance de l'une des parties dans le rapport juridique, à l'image de la situation qui s'établit dans des rapports de caractère public.

Cette vision restrictive de l'État Libéral Bourgeois suivant laquelle les droits fondamentaux apparaissaient seulement comme des droits subjectifs publics, a été graduellement dépassée par le paradigme du *Welfare State*, selon lequel les droits fondamentaux montraient également une dimension objective. Cette dernière conception, que les droits fondamentaux représentent un statut axiologique de la société, le système unitaire de principes de la communauté, la base structurante de toutes les normes juridiques, a eu le mérite d'amplifier son champ d'application en passant, ainsi, vers le champ des rapports privés.

En suivant ce raisonnement, une partie de la doctrine nomme deux raisons pour l'application des droits fondamentaux dans les rapports privés, appelée efficacité horizontale des droits fondamentaux : la compréhension que la Constitution, en tant que statut axiologique, a pour objectif de mettre en ordre non seulement ses rapports avec l'État, mais aussi avec les autres particuliers ; et la constatation que le phénomène du pouvoir n'est pas exclusif des rapports avec l'État, il se manifeste également au sein de la société civile⁶⁰³. Le pouvoir ne se manifeste pas exclusivement comme un privilège, il s'exteriorise aussi dans les rapports économiques, entrepreneuriaux, syndicaux, travaillistes, religieux et dans beaucoup d'autres. Ainsi, les droits fondamentaux doivent être appliqués non seulement dans leurs rapports avec l'État, mais aussi dans les rapports entre particuliers, prenant la forme d'un statut de principes devant orienter l'ordre juridique dans son ensemble.

Selon Jane Pereira, la complexité de la vie contemporaine sous-entend des rapports juridiques verticaux entre particuliers, inégaux, ou d'assujettissement, dans lesquels on constate la prédominance de l'une des parties. Il est possible de vérifier cette prédominance de pouvoir entre les gens dans une famille, dans des partis politiques, dans

⁶⁰³ Barroso, *A nova interpretação constitucional*, 143.

des associations, dans des organisations religieuses, dans des rapports de travail et dans de nombreux autres groupes. L'application des droits fondamentaux dans ces rapports éminemment inégaux a pour finalité de protéger la liberté et l'autodétermination de la partie la plus faible, ce qui explique l'énorme succès de cette doctrine dans la sphère du travail⁶⁰⁴.

Un autre courant doctrinaire indique certaines raisons pour l'inadmissibilité d'application des droits fondamentaux dans les relations privées : en premier lieu, le fait que la Constitution ait été conçue comme un document ayant l'objectif d'organiser et de limiter l'action des pouvoirs publics et non pas pour réglementer l'action des particuliers ; en second lieu, que l'extension des droits fondamentaux aux relations privées détruirait la propre liberté et autonomie privées⁶⁰⁵.

Ces arguments, cependant, sont contestés avec véhémence par la doctrine nationale, laquelle argumente que, malgré le fait que les droits fondamentaux, dans leur majorité, réglementent les rapports avec le pouvoir public, ils s'appliquent également dans les rapports entre particuliers, comme les droits du travail, le droit à la libre association professionnelle et syndicale, le droit de grève, le droit à un environnement sain, le droit à la protection du consommateur, le droit à la protection de l'enfant et de l'adolescent, le droit à la protection des personnes âgées et beaucoup d'autres clairement par la Constitution. Quant au danger que soient détruites la liberté et l'autonomie des particuliers, il existe des rapports privés dans lesquels l'une des parties ne dispose pas d'autonomie, car elle est totalement subjuguée par la partie la plus forte⁶⁰⁶. De nos jours, après d'insidieux débats doctrinaires, la reconnaissance de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux s'est pacifiée, avec seulement une divergence quant à la forme d'application de cette garantie, qui varie suivant le fait qu'on adopte la théorie de l'efficacité directe ou immédiate ou bien la théorie de l'efficacité indirecte ou non immédiate.

⁶⁰⁴ Barroso, *A nova interpretação constitucional*, 147-149.

⁶⁰⁵ Rafael de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, (Madrid : Editorial Debate, 1992), 106-107.

⁶⁰⁶ Rafael de Asís Roig relève que certains droits fondamentaux, comme le droit à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur et à l'intimité semblent être passibles de transgression non seulement par le pouvoir public, mais également par des particuliers. Il alerte aussi du fait que des groupes privés déterminés exercent davantage de pouvoir même par rapport à l'État lui-même, étant impossible, donc, de restreindre l'applicabilité des droits fondamentaux aux seules relations avec le pouvoir public. Ainsi, quand on défend le fait que les droits fondamentaux limitent le pouvoir, on doit comprendre « pouvoir » dans son acception ample, capable de réunir les divers pouvoirs économiques et sociaux qui exercent une certaine souveraineté juridique en échange de réglementations de caractère général. Voir : Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, 108-113.

La théorie de l'efficacité indirecte ou non immédiate a été développée dans la doctrine par Günter Dürig en 1956, dans l'oeuvre intitulée *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, devenant la conception dominante de la jurisprudence allemande. Selon l'auteur, pour que le droit privé se soumette aux valeurs constitutionnelles, il faut construire un certain nombre de points représentés par les clauses générales et les concepts juridiques indéterminés accueillis par le législateur⁶⁰⁷. L'application directe des droits fondamentaux ne peut être admise, car elle défigure le droit privé en le convertissant en une simple concrétisation du droit constitutionnel ; en attribuant en outre un surcroît de pouvoir au Judiciaire, soumettant l'application des lois ordinaires à la volonté des juges. Ainsi, pour les adeptes de cette théorie, les droits fondamentaux seront applicables aux rapports privés dans les seules hypothèses dans lesquelles il reviendrait au Judiciaire de colmater les lacunes des clauses générales et des concepts juridiques indéterminés, laissés par le législateur, et dans les jugements d'inconstitutionnalité de lois incompatibles avec les droits fondamentaux⁶⁰⁸.

Selon les défenseurs de la théorie de l'efficacité indirecte ou non immédiate, entre lesquels Dürig, Leiner et Konrad Hesse, l'application des droits fondamentaux aux rapports privés doit se réaliser au moyen de mécanismes typiques du droit privé, autrement dit, ils doivent être accueillis par cette branche du droit. Un tel accueil se justifie de par la nécessité de coordination des droits fondamentaux avec les droits subjectifs privés, prenant en compte la spécificité de ces relations, pour que l'on n'étouffe pas la liberté contractuelle⁶⁰⁹.

La théorie de l'efficacité directe ou immédiate a été initialement défendue en Allemagne par Hans Carl Nipperdey, d'après le fondement suivant lequel les dangers qui guettent les droits fondamentaux ne proviendraient pas seulement de l'État, mais aussi des pouvoirs sociaux en général et de tiers. Selon Nipperdey, les droits fondamentaux doivent être appliqués dans les rapports entre particuliers, toute médiation législative ou n'importe quel *artifice interprétatif* pour qu'ils soient appliqués n'étant pas nécessaire. En se référant à la non-nécessité d'*artifice interprétatif*, Nipperdey se réfère aux dites

⁶⁰⁷ Sur la théorie allemande de la *Drittwirkung*, dans le contexte du Droit Européen des droits de l'homme, voir Dean, "Drittwirkung," 301-303. Marguénaud Jean-Pierre (dir), CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, La Documentation française, 2001, 77.

⁶⁰⁸ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004), 238-241.

⁶⁰⁹ Vasco M. P. D. P Silva, "Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", *Revista de Direito Público*, 82 (1987): 45.

clauses générales et aux concepts juridiques indéterminés utilisés pour l'infiltration des droits fondamentaux dans les rapports privés. Ainsi, d'après cette théorie, les droits fondamentaux sont applicables directement à tous les rapports entre particuliers, ce qui signifie, concrètement, que les individus peuvent recourir aux droits fondamentaux pour les faire valoir contre les actes d'autres individus ou de personnes juridiques⁶¹⁰.

En admettant l'efficacité directe ou immédiate des droits fondamentaux dans les rapports privés, la doctrine en arrive à la conclusion d'après laquelle, dans le cas où les groupements privés ne respecteraient pas ces préceptes en recourant à des contrats ou à des clauses contractuelles, de tels subterfuges devront être considérés comme nuls. Suivant le cas concret, on pourrait encore débattre d'une obligation d'indemnisation à cause des préjudices subis par la partie la plus fragile de la relation juridique.

La Constitution portugaise, par exemple, prévoit expressément l'efficacité horizontale directe à l'art. 18^o, n^o 1 : « les préceptes constitutionnels respectueux des droits, des libertés et des garanties sont directement applicables et unissent les organismes publics et privés⁶¹¹ ». La Constitution brésilienne n'enregistre pas de précepte semblable, mais la jurisprudence nationale démontre que dans notre ordonnance juridique on admet aussi l'efficacité horizontale directe ou immédiate des droits fondamentaux.

Au Brésil, cette théorie a eu une grande acceptation dans la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral (STF) et dans les Tribunaux Supérieurs. Les biens de la personnalité consacrés à la catégorie des droits fondamentaux de la Constitution de 1988, comme le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la vie privée, ont vu, peu à peu, leur contenu et leurs limites être fixés par la jurisprudence, au moyen de l'application du principe de proportionnalité.

Un cas paradigmatique fut le RE n^o 158.215-RS, jugé par le STF, qui a

⁶¹⁰ Hans C. Nipperdey, "Boykott und freie Meinungsäußerung," *Deutsches Verwaltungsblatt*, 73 (1958) : 447, cité par Virgílio A. da Silva, *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, (São Paulo : Malheiros, 2005), 90.

⁶¹¹ D'après le juriste portugais Jorge Miranda, « les droits fondamentaux affectent, et peuvent affecter aussi bien les relations avec des organismes publics que les relations avec des particuliers, comme on le comprend dans les dispositifs suivants : protection de la réserve de l'intimité et de la vie privée (art. 26^o, n^o1 de la CRP) 192 ; prohibition d'accès de tiers aux archives de données personnelles (art.35^o, n^o2 de la CRP) 193 ; droit de rectification, de réponse et d'indemnisation pour dommages subis à travers la presse (art. 37^o, n^o 4 de la CRP)194 ; droit des consommateurs à l'information, à la protection de la santé et de ses intérêts économiques et à la réparation de dommages (art.60^o, n^o1 de la CRP)195 ; droits de l'auteur (art.42^o, n^o2 de la CRP) 196. Cette formule a été inspirée de la nécessité de limiter non seulement le pouvoir politique, mais aussi toutes les autres personnes ; en considérant que le respect à la dignité de la personne humaine et à l'autonomie de l'individu doit être préservé non seulement dans les rapports avec l'État, mais également dans les relations que les personnes établissent entre elles. » Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, (Coimbra : Coimbra Editora, 1998), 58- 59.

appliqué l'efficacité horizontale des droits fondamentaux, dans l'hypothèse d'un membre expulsé d'une coopérative sans l'attention de la garantie de la contradiction et de l'ample défense dans le coeur du procès légal obligatoire. Dans ce cas, la décision a rendu indiscutable le fait qu'il y a des normes de droits fondamentaux ayant des effets directs sur les relations entre les personnes privées⁶¹².

Dans les rapports de travail, cette théorie est déjà mise en pratique, conjointement à celle des droits de la personnalité, afin de protéger la dignité de la personne humaine du travailleur, ce qui limite l'exercice de ses pouvoirs de travailleur.

Le STF, dans un jugement pionnier, a exclusivement tiré parti d'une norme constitutionnelle - garante du droit à l'égalité⁶¹³ pour limiter le pouvoir réglementaire d'Air France- Brésil, évitant une discrimination dans les rapports de travail. Dans ce cas, l'entreprise avait refusé à un employé brésilien, ce fondé dans son règlement interne, la concession de bénéfices étant prévue par celui-ci, lesquels seraient uniquement dus à des employés français. Le rapporteur du jugement, le ministre Carlos Veloso, s'est manifesté pour l'interdiction de toute discrimination entre employés français et brésiliens dans une entreprise soumise aux lois du pays, considérant être une offense au principe d'égalité consacré par la Constitution, sans aucune mention concernant la législation infra-constitutionnelle⁶¹⁴.

Une autre décision de la cour prise sur la base de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux qui a eu des conséquences dans le droit du travail brésilien a été celle proférée dans le RE n° 160.222-RJ, le Ministre Sepúlveda Pertence en étant le rapporteur. Le STF a appliqué la technique de la pondération entre le droit à la propriété et le droit à l'intimité⁶¹⁵. Il s'agissait de l'affaire d'une entreprise qui, se prévalant de son

⁶¹² « L'intangibilité du précepte constitutionnel assureur du processus légal obligatoire oriente l'examen de la législation commune. De là l'optique non fondée selon laquelle la violence faite à la Carte Politique, suffisante pour permettre une connaissance de l'extraordinaire, se doit d'être directe et frontale. Pour chaque cas, il appartient au Suprême Tribunal Fédéral d'exercer un filtrage sur la matière, en sélectionnant les ressources temporisatrices de celles dans laquelle la transgression au texte constitutionnel, connaissant son origine, est étudiée, bien qu'il soit nécessaire, même, de se défaire de ce qui est prévu dans la législation commune. Une compréhension différente implique de reléguer comme quelque chose d'inoffensif deux principes de base dans un État Démocratique de Droit – celui de la légalité et du processus légal obligatoire, avec une garantie de défense ample, en présupposant toujours la considération des normes strictement légales. [...] Dans l'hypothèse de l'exclusion d'un associé due à une conduite contraire aux statuts, on imposera l'obéissance au processus légal obligatoire, rendant possible l'ample exercice de la défense. Un simple manque de respect de l'associé envers l'assemblée générale, relatif à l'exclusion, n'est pas un moule qui pourrait attirer l'adoption d'un processus sommaire. Obéissance obligatoire du propre statut de la coopérative. » STF, RE158.215-RS, Marco Aurélio, 07/06/1966.

⁶¹³ Art. 5° de la Constitution de 1988.

⁶¹⁴ STF, RE161243/DF, Carlos Veloso, 29/10/1996.

⁶¹⁵ « Embarras illégal : soumission des ouvriers de l'industrie du vêtement à une fouille intime, sous la menace de licenciement ; décision de condamnation au premier degré basée dans la garantie

pouvoir de contrôle, exigeait que les employées retirent leurs vêtements en sortant de leur lieu de travail, afin de les fouiller, pour s'assurer qu'elles n'emportent aucun bien de l'entreprise.

Ainsi, on s'aperçoit qu'actuellement on a déjà consacré dans la doctrine le lien des organismes privés aux droits fondamentaux, avec pour seule divergence la forme d'application de ces préceptes, suivant le fait qu'on adopte la théorie de l'efficacité directe ou immédiate ou bien la théorie de l'efficacité indirecte ou non immédiate. En accord avec la première théorie, les droits fondamentaux s'appliquent obligatoirement et directement aux rapports privés individuels et collectifs, une quelconque médiation concrétisante de la part des pouvoirs publics n'étant pas nécessaire. Pour la seconde théorie, les droits fondamentaux sont applicables uniquement aux rapports privés dans lesquels s'organisent des médiations du Législatif ou du Judiciaire. On remarquera, encore, une tendance de la jurisprudence nationale envers l'adoption de la théorie de l'efficacité directe ou immédiate.

Une telle théorie, conjointement avec celle des droits de la personnalité consacrée dans la constitution et dans le code civil, représente, dans le droit brésilien, les limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur provenant du contrat de travail, lequel est, au cas par cas, tracé par la jurisprudence brésilienne à travers la technique de la pondération.

constitutionnelle de l'intimité et jugement d'acquiescement du Tribunal de Justice, car l'embarras mis en question sur l'intimité des travailleuses, bien que réel, aura été admis par leur adhésion au contrat de travail : un dilemme qui, malgré son importance constitutionnelle, ne peut déjà plus être solutionné dans ce procès, vu la prescription subséquente, décrite depuis la décision de première instance et jamais plus interrompue, depuis lors. » STF, RE160.222RJ, Sepúlveda Pertence, 01/09/1995.

Chapitre 3 : L'état actuel des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur par le droit à la vie privée

Dès lors qu'il a été démontré que le droit brésilien limite l'exercice des pouvoirs de l'employeur face aux droits à la vie privée des travailleurs, et une fois que l'étude de la question a été rendu accessible aux juristes de diverses cultures⁶¹⁶, nous pouvons réaliser une analyse de l'état actuel de cette limitation dans le droit national, en ce qui concerne les obligations imposées par le droit brésilien à l'employeur dans le but de préserver la vie privée des employés.

Dans le droit brésilien, il n'y a pas trop de dispositifs légaux qui limitent l'exercice des pouvoirs de l'employeur face aux libertés des employés. Dans la plupart des cas, la jurisprudence interprète les dispositions légales concernant le droit à la vie privée pour justifier l'imposition de limitations surtout à l'exercice du pouvoir de contrôle, parmi tous les pouvoirs de l'employeur⁶¹⁷. Étant donné le manque d'une législation satisfaisante⁶¹⁸, la jurisprudence se prévalant de la théorie des effets horizontaux des droits fondamentaux et de la théorie des droits de la personnalité, pour imposer, au cas par cas, des limites à son exercice, afin de protéger la dignité du travailleur. Dans les arrêts, le fait pour lequel la jurisprudence s'est préoccupée est celui des fouilles physiques, autrement dit, celles réalisés sur le corps de l'employé⁶¹⁹ ou sur

⁶¹⁶ Dans ce sens, pour tous, Legrand, *Le droit comparé*, 34. John C. Reitz "How to do comparative law," *The American Journal of Comparative Law* 46, no. 4 (1988) : 617-636. Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 894. Pfersmann, "Fonction interprétative et fonction critique, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*," 281. Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law," 402. Kötz, "Comparative Law in Germany Today," 756.

⁶¹⁷ Revoir le Chapitre 01, Section II, B.

⁶¹⁸ En ce qui concerne spécifiquement les limites légales à l'exercice du pouvoir de contrôle face au droit de la vie privée spécifiquement, il y a l'article 373-A de la CLT inclus par la loi n° 9.799 du 26.05.1999. L'article dispose que « mises à part les dispositions légales visant à corriger les distorsions difficultant pour la femme l'accès au marché du travail et certaines particularités établies dans les accords du travail, il est interdit à l'employeur ou au préposé de procéder à des fouilles intimes des employées ou des fonctionnaires ». L'article est très critiqué par la doctrine. Pour tous, voir : Estevão Mallet, qui le considère « défectueux- parce que restreint du point de vue subjectif et vague quant au contenu » Estevão Mallet, "Direitos da personalidade e direito do trabalho", *Revista LTR*, 68, (2004) : 1309.

⁶¹⁹ TST, RR:5753620105050020, Maria Helena Mallmann, 18/12/2017. TST, RR:10888320145050013, Douglas Alencar Rodrigues, 13/12/2017. TST, RR:210875820145040010, Mauricio Godinho Delgado, 06/12/2017. TST, RR:6902320155050007, Kátia Magalhães Arruda, 29/11/2017. TRT-20,

ses objets propres laissés dans son lieu de travail⁶²⁰.

Les magistrats optant pour l'application du Code Civil de 2002 à cause de l'art. 8° de la CLT comme ceux préférant concéder des effets directs ou indirects aux droits fondamentaux prévus dans la Constitution de 1988, utilisent la proportionnalité pour résoudre le conflit entre des principes inhérents au cas. Dans cet exercice herméneutique, ils conçoivent qu'il existe une collision entre, d'un côté, le droit à la vie privée (art. 5°, X de la Constitution Fédérale et art. 21 du Code civil de 2002) ; et de l'autre le droit à la propriété privée (art. 5°, XXII Constitution Fédérale de 1988 et art. 1.228 du Code civil de 2002).

Avant de démontrer les limites imposées au cas par cas à l'exercice des pouvoirs de l'employeur par le droit à la vie privée (*Section II : Les solutions jurisprudentielles sur les conflits entre la vie privée et la propriété privée dans le milieu de travail*), nous étudierons chacun de ces droits en cause (vie privée et propriété privée) dans le droit brésilien (*Section I : Les droits en cause : le droit à la vie privée et le droit à propriété*).

Section I : Les droits en cause : le droit à la vie privée et le droit à la propriété

Dans les cas de limitation du pouvoir de contrôle de l'employeur, la jurisprudence admet ici l'existence d'une collision de principes : d'un côté, le droit fondamental à la vie privée des salariés (§ 1° : *La protection de la vie privée par le droit brésilien*) ; de l'autre, le droit à la propriété privée des employeurs (§ 2° : *Le droit à la propriété en droit brésilien*). Nous étudierons ci-après chacun de ces droits dans le droit interne brésilien.

RO00005943820175200001, Fábio Túlio Ribeiro, 20/11/2017. TRT-12, RO:00049363220155120051SC, Narbal Antônio de Mendonça Fileti, 16/11/2017.

⁶²⁰ TST, RR:8588920125090016, Alexandre de Souza Agra Belmonte, 19/12/2017. TST, RR:2431001720095090006, Cláudio Mascarenhas Brandão, 14/11/2017. TST, RR:106267120135190001, Guilherme Augusto Caputo Bastos, 22/11/2017. TRT-2, RO00000196620155020303, Rilma Aparecida Hemérito, 14/09/2017.

§ 1^o La protection de la vie privée par le droit brésilien

Du fait qu'elle soit une notion dynamique⁶²¹, il n'est pas aisé de trouver une définition pour ce qui deviendra la vie privée. En vérité, la diversité d'opinions à ce sujet est vaste, ce qui entrave le travail des juristes ayant déjà essayé de trouver un sens commun à lui attribuer, lesquels semblent être seulement en accord sur une constatation : la vie privée est d'une « définition introuvable⁶²² ».

En droit brésilien, nous pouvons trouver l'utilisation des expressions « *vida privada* » (« vie privée »)⁶²³ et « *intimidade* » (« intimité »)⁶²⁴. En dehors des deux mentionnés, la doctrine utilise aussi d'autres termes, comme par exemple « *reserva da vida privada* » (« intimité de la vie privée »)⁶²⁵, et « *privacidade* » (anglicisme du mot « *privacy* »)⁶²⁶.

Dans la construction de la notion dans le droit allemand, par exemple, il y a des mentions de termes comme « *Hausfrieden* » (« paix au foyer ») ; « *Recht des Verborgenen Leidens* » (« droit à rester caché ») ; « *Geheimsphäre* » (« sphère privée »)⁶²⁷. Dans le droit français, le Code civil⁶²⁸ fait mention du terme « vie privée » en affirmant que tous ont droit à ce qu'elle soit respectée, comme également pour le terme « intimité de la vie privée », montrant que les juges doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour la faire cesser. Le terme « secret » apparaît encore dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, comme aussi le terme « vie personnelle » apparaît dans la doctrine et la

⁶²¹ André Vitalis, *Informatique, pouvoir et libertés*, (Paris: Economica, 1988), 151-152.

⁶²² Dans ce sens, François Rigaux, "L'élaboration d'un « right of privacy » par la jurisprudence américaine," *RIDC*, 4 (1980) : 725, « comprenant qu'il est donc impossible - et au surplus, inutile- de définir la vie privée »; James Michael, *Privacy and human rights an international and comparative study, with special reference to developments in information technology*, (Paris : Unesco et Dartmouth, 1994), 1, qui observe que, « de tous les droits humains, *privacy is perhaps the most difficult to define* »; Marie-Thérèse Meulders-Klein, "Vie privée, vie familiale et Droits de l'homme," *RIDC* 4, (1992) : 770, qui affirme que, « de toutes les glorieuses ambiguïtés contenues dans le catalogue des droits et libertés fondamentaux, celle du respect de la vie privée semble la plus déconcertante, tant par son aspect de nébuleuse indistincte que par l'extraordinaire imbroglio de ses sources. De l'avis unanime des auteurs, la notion de vie privée elle-même est impossible à définir » ; et Rodriguez Ruiz Blanca, *El secreto de las comunicaciones : tecnología e intimidad*, (Madrid : Mc Graw Hill, 1998), 32, qui affirme que « c'est une question connue le fait que le droit à l'intimité est caractérisé par son énorme flexibilité et imprécision conceptuelle. »

⁶²³ Dans l'article 5, X de la Constitution et dans l'article 21 du code civil.

⁶²⁴ Dans l'article 5, X de la Constitution.

⁶²⁵ Paulo Mota Pinto, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", *Boletim da Faculdade de Direito*, 69 (1993): 506.

⁶²⁶ Bruno Lewick, "A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho," (Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002), 24.

⁶²⁷ Dans ce sens, Antoine Lyon-Caen et al., *Droits fondamentaux et social*, (Paris : Dalloz, 2005), 201.

⁶²⁸ Art. 9 « Chacun a droit au respect de sa vie privée. »

jurisprudence⁶²⁹, avec vocation à comporter une notion plus ample que les autres termes. Dans le droit espagnol, la Constitution de 1918⁶³⁰ apporte l'expression « *intimidad personal y familiar* ». Le Tribunal Constitutionnel espagnol emploie même l'anglicisme « *privacy* »⁶³¹. En Italie, la doctrine et la jurisprudence mentionnent le « *diritto alla riservatezza* »⁶³². Au Portugal, le Code Civil utilise l'expression « *reserva da intimidade da vida privada* » (« réserve sur l'intimité de la vie privée »), et la Constitution de 1976 la « *reserva da vida privada e familiar* » (« réserve sur la vie privée et familiale »)⁶³³.

Dans les pays de *common law*, en contrepartie, il y a un vocable consolidé : « *privacy* » ou « *right to privacy* », qui, cependant, se réfère à un nombre énorme de situations, que le juriste brésilien (ou un autre issu de la tradition de la *civil law*) ne rangerait pas pour la plupart dans la vie privée. Même parmi eux, cependant, où pèse une nomenclature uniforme, il existe des variations entre les conceptions du « *right to privacy* »⁶³⁴.

Ainsi, une grande diversité d'opinions et de tentatives de définition de la vie privée, augmentent d'intensité, soit par la difficulté méthodologique de définir un point de vue commun sur la question comme par la tentation de la faire rassembler un ensemble de situations suffisamment ample : chaque droit interne, à la saveur de ses particularités culturelles, structurelles et historiques, a construit ses propres chemins en traitant de la vie privée, ce qui a résulté en de considérables différences de conceptions, parfois en amplifiant son concept pour intégrer certaines situations comme le droit à l'avortement, l'inviolabilité du domicile et le droit au secret des correspondances, parfois en restreignant son acception sémantique, la partageant avec d'autres termes.

La vérité est que l'absence d'une définition modèle qui reflète une consolidation de son traitement sémantique, est un problème non seulement pour la doctrine brésilienne, mais elle représente un défi pour tous les juristes occidentaux contemporains⁶³⁵. En assumant donc, cette indéfinition plutôt comme une caractéristique

⁶²⁹ Dans ce sens, Marie-Noëlle Mornet, *La vidéosurveillance et la preuve*, (Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004), 369.

⁶³⁰ Art. 18.1.

⁶³¹ Fernando de Vicente Pachés, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, (Madrid : CES, 1998), 65.

⁶³² Voir, par exemple, Tommaso Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, (Milano : Giuffrè, 1978), 35 et suiv.

⁶³³ Paulo C. C. da Mota Pinto, "A proteção da privacidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional" *Jurisprudência Constitucional*, 10 (2006) : 13-28.

⁶³⁴ Sur les différences entre l'Angleterre et les États-Unis, vérifier Raymond Wacks, *Personal Information Oxford*, (Oxford: Clarendon Press, 1989), 39-42.

⁶³⁵ Comme a dit Alan Westin, *Privacy and freedom*, (New York : Atheneum, 1967), 8.

qu'un problème, on a l'habitude de chercher des méthodes pour au minimum les contextualiser et ainsi la traduire en des éléments de compréhension.

Il y en a qui essaient de trouver sa portée juridique en recherchant des bases naturalistes ou anthropologiques, l'identifiant comme un phénomène de nécessité d'isolement propre à l'être humain, qui serait apparu dans toutes les sociétés⁶³⁶. Certains auteurs ont recours à l'observation de groupements d'animaux, par exemple, afin de vérifier la nécessité de la plupart d'avoir un espace propre⁶³⁷ ; ou même à l'étude des sociétés primitives et de formations aborigènes, confirmant le fait que certains degrés de développement de ces sociétés coïncidaient avec la délimitation d'une sphère privée, de quelques-uns ou de tous ses membres.

Pour extraire le sens du principe du droit à la vie privée, la jurisprudence brésilienne- non seulement en matière de droit du travail⁶³⁸- a l'habitude de se référer à ses origines historiques⁶³⁹ et même au droit comparé. Face à l'importance attribuée par la jurisprudence brésilienne à l'interprétation historique pour examiner le contenu du droit à la vie privée⁶⁴⁰, il n'est pas possible de comprendre le sens de cette notion dans le droit

⁶³⁶ Alan Westin, *Privacy and freedom*, 11.

⁶³⁷ Dans ce sens, Pier Giuseppe Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, (Padova : CEDAM, 2002), 123-154.

⁶³⁸ Citons : TRF-4, AC9347RS2000.71.00.009347-0, João Batista Pinto Silveira, 27/07/2005. TJ-RS, AC70051329225 RS, Leonel Pires Ohlweiler, 22/01/2013.

⁶³⁹ Ils cherchent à remplir le contenu du droit à la vie privée à travers une incursion dans son origine historique, par exemple, les jugements suivants TST, RR923007020135130023, Cláudio Mascarenhas Brandão, 15/04/2015. TST, AIRR91407620025010053 Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 30/04/2008.

⁶⁴⁰ Pour illustrer l'importance de l'interprétation historique par la jurisprudence brésilienne, vérifier par exemple ce morceau du jugement suivant : « Hans-Georg Gadamer (*Verdade e Método- Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis : Ed. Vozes, 1997), dont l'oeuvre est aussi mentionnée dans la sentence en recours, certifie que l'herméneutique n'est pas une méthode permettant d'accéder à la vérité et que le problème herméneutique n'est pas, quant à lui, un problème de méthode. Selon lui, l'herméneutique ne serait point une méthodologie des sciences humaines, mais bien une tentative de comprendre les sciences humaines. Gadamer affirme que la compréhension des choses et une correcte interprétation ne se limite pas à la science, mais à l'expérience humaine, principalement pour ce qui se réfère au phénomène du langage comme expérience humaine du monde. Pour ce qui est de l'herméneutique juridique, Gadamer a cherché à connaître la différence entre le comportement de l'historien juridique et du juriste face à un texte. Il était curieux de savoir s'il y aurait une différence entre l'intérêt dogmatique et l'intérêt historique, en concluant que : Le juriste prend le sens de la loi à partir de et en vertu d'une donnée déterminée. L'historien juridique, au contraire n'a pas à partir d'aucun cas, mais il cherche à déterminer le sens de la loi dans la mesure où il place de manière constructive la totalité du champ d'application de la loi devant lui. C'est seulement dans l'ensemble de ces applications que le sens d'une loi deviendra concrète (oeuvre mentionnée, pg. 483). Pour le juriste et opérateur du droit, la compréhension historique est un moyen pour arriver à une fin. Si l'historien du droit doit faire face à des cultures juridiques du passé dans son travail d'interprétation de la loi (sans avoir devant lui aucune tâche juridique, prétendant seulement examiner la signification historique de la loi), le juge, quant à lui, doit adapter la loi transmise aux nécessités du présent, car l'application de la loi est une tâche éminemment pratique. Cela ne signifie pas de dire que le juge n'aura en aucun moment à assumer la position de l'historien. Au contraire, en interprétant la loi, pour la concrétiser, le juge doit entreprendre une traduction nécessaire de la loi, même si cette traduction se situe dans les modèles d'un compromis avec le présent. » TRF-4, AC9347RS2000.71.00.009347-0, João Batista Pinto Silveira, 27/07/2005.

brésilien sans au préalable compter sur des aspects historiques et de droit comparé pour comprendre ce qui protège le droit à la vie privée (A). Ensuite nous aurons à analyser le droit à la vie privée sous la perspective du droit positif brésilien et de ses implications dans les rapports de travail (B).

A. Approche historique du concept de droit à la vie privée

La protection de la vie privée est aujourd'hui associée à la protection de la personne humaine, dotée de dignité. Cependant il n'en a pas toujours été ainsi. Certains cherchent leurs racines dans les sociétés de l'Antiquité Classique, et l'on observe que certains auteurs grecs⁶⁴¹ et des romains⁶⁴² se sont montrés préoccupés par la division du public et du privé. Il faut de toute façon considérer que les philosophies grecques et romaines ont seulement satisfait à la personnalité juridique de l'homme à l'intérieur des limites et des termes provenant de sa propre organisation. Ainsi, toute considération sur la vie privée dans ces sociétés doit objecter qu'on ne pourrait voir en elles l'équivalent, par exemple, des droits individuels, vu que la liberté était exercée en gros dans la sphère publique⁶⁴³.

En vérité, la préoccupation proprement juridique de protection à une sphère privée survient uniquement avec l'ascension de la bourgeoisie, dans le contexte des idées libérales, grâce auxquelles émergea l'État National. La protection de la vie privée dans ce contexte était, en conséquence, dotée des mêmes contours que la protection de la propriété⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Aristote, par exemple, est conscient de la distinction entre public et privé. Il fut l'un des premiers à établir la relation entre la vie privée et la liberté, utilisant même l'expression « vie privée », dans un sens qui diverge du sens actuel. Pour le philosophe grec, la oikos était une sphère privée liée à la Maison, répugnance que représentait pour lui l'intromission dans la vie privée de chacun. Voir : Aristote, *Éthique à Nicomaque*, (Paris : Les Échos du Maquis, 2015).

⁶⁴² François Geny, quand il cherche à démontrer les origines du droit au secret de la correspondance, il s'en remet à Cicéron : « Combien d'affirmations sérieuses semblent être contenues dans les lettres, mais qui ne doivent aucunement être publiées? » V. François Geny, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*. (Paris : Sirey, 1911), 179.

⁶⁴³ Benjamin Constant se réfère à ce point, en soulignant certains aspects comme l'absence absolue de liberté religieuse à Sparte ou alors la manière avec laquelle les censeurs romains jugeaient la vie privée des familles. V. Benjamin Constant, "*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*." Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, 1819. Disponible sur : <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html> Accédé le 13/02/2016.

⁶⁴⁴ Sur ce point, Marie- Thérèse Meulders-Klein affirme que « L'émergence de la notion de vie privée et du droit à sa protection parmi les droits de la personnalité est relativement tardive et n'est apparue que très

Un fondement distinct du droit de propriété serait uniquement invoqué pour la protection de la propriété quand celle-ci se réfère à la mention du droit d'être seul du magistrat nord-américain Thomas Cooley, comme au moment de la diffusion de l'article le droit à la vie privée de Warren et Brandeis⁶⁴⁵, qui ont défendu une protection de la vie privée basée non sur le droit à la propriété privée mais sur une *inviolable personality* (personnalité immaculée)⁶⁴⁶. Dans les pays européens de *civil law*, toutefois, c'est seulement après la seconde guerre mondiale qu'une thèse de protection de la vie privée sur des fondements divers du droit de propriété gagne du terrain : la vie privée deviendrait un droit de la personnalité, découlant de la dignité de la personne humaine. Entre les deux modèles de protection à la vie privée : le nord-américain avec sa vie privée ; et l'euro-péen avec ses fondements des droits de la personnalité, celui qui a influencé le plus le droit brésilien est le deuxième, étant donné que la formulation nord-américaine a été conçue dans un contexte culturel et juridique très différent du nôtre, en l'occurrence, la *common law*⁶⁴⁷, pour laquelle la propre nécessité d'un concept de vie privée obéit à des nécessités intrinsèques à ce système. La formulation nord-américaine, en conclusion, est une référence quasi unanime pour les travaux sur le thème, étant identifiée comme le tout début du débat moderne sur la vie privée.

Nous étudierons le contexte dans lequel ont surgi les premières formulations juridiques de protection à la vie privée, la protégeant comme si elle était un droit de propriété privée (1), jusqu'à l'évènement marquant les discussions modernes sur la vie privée, qui a eu lieu au plus profond du droit américain (2).

1) Les origines de la construction juridique de la protection de la vie privée en Europe

Le sentiment philosophique que l'homme possède des droits naturels, et que par conséquent, sa liberté doit être respectée par l'État, a éclairé l'Europe à partir du

progressivement dans le droit privé européen et américain à partir de la fin de XIXème siècle. » Marie Thérèse Meulders-Klein, "Vie privée, vie familiale et droits de l'homme", 767.

⁶⁴⁵ Samuel Warren et Louis Brandeis, "The right to privacy" *Harvard Law Review* 4 (1890) : 193.

⁶⁴⁶ « Le principe qui protège les écrits personnels et autres productions non contre le vol ou l'appropriation physique, mais contre n'importe quelle forme de publication, n'est pas le principe de propriété privée, mais un principe d'invocabilité de la personnalité (*inviolable personality*) » Warren et Brandeis, *The right to privacy*, 196.

⁶⁴⁷ L'article, d'une façon très succincte, cherche à identifier un droit à la vie privée dans la *common law*, et, pour cela, utilise une série de précédents jurisprudentiels de tribunaux anglais.

XVIII^{ème} siècle et a eu des conséquences politiques, sociales et économiques (le capitalisme, autant dans sa phase mercantiliste que dans la phase industrielle) ; un modèle politique (transition d'un État absolutiste vers un État Libéral) ; et une classe sociale qui augmentait et s'élevait : la bourgeoisie. La révolution Française, au-delà de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789), est imprégnée d'idéaux jusnaturalistes, qui souhaitaient établir l'autonomie personnelle réfractaire à l'expansion du Pouvoir⁶⁴⁸. C'est, en fait, à l'apogée de la nuit du 14 juillet 1789, la prise de la Bastille, symbole du pouvoir royal et dépôt des armes, par les pauvres et les déshérités, révoltés par le refus de la noblesse de réduire ses privilèges afin de diminuer la misère et la faim qui sévissaient dans le Tiers-État français. N'acceptant plus l'oppression, ceux-ci s'étaient déjà rendu compte que la misère n'était que la conséquence de l'exploitation et des privilèges des classes dominantes⁶⁴⁹.

Le sujet acquiert une importance sociale, au contraire de ce qui se passait dans l'Antiquité et au Moyen-Âge, lorsque les valeurs collectives prédominaient. On commence à considérer le sujet à partir de ses particularités et de ses désirs, pour ensuite commencer à penser la société, qui n'est rien d'autre que la somme des intérêts de chaque individu. Le privé l'emporte sur le public et l'individu l'emporte sur le corps social. « Dans l'État moderne, à la place des citoyens de la patrie, se trouve le citoyen de l'univers, l'homme de la cité mondiale⁶⁵⁰ » La révolution a favorisé la construction d'un nouveau concept de citoyenneté ; la liberté et l'égalité des sujets commence à être protégée contre toute ingérence des autres. La loi en devient le fondement, la garantie et la limite. La propriété privée, comme la liberté et l'égalité, commence à être considérée comme pilier structurel de cette société⁶⁵¹, conçue comme un droit absolu des individus.

⁶⁴⁸ « Plus qu'un événement historique, la Révolution Française a joué un rôle symbolique passionnant dans l'imaginaire des peuples d'Europe et du monde, lesquels vivaient sous son influence à la fin du XVIII^{ème} siècle. C'était à elle qu'il revenait - et non à la Révolution Anglaise ou Américaine - d'attribuer le sens moderne du terme "révolution", ce qui donna à l'histoire un nouveau cours, la divisant entre l'avant et l'après. » Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, (São Paulo : Saraiva, 2017), 318-338.

⁶⁴⁹ « Considérée avec du recul, ce fut la Révolution Française, avec son caractère universel, qui enflamma le monde et changea le visage de l'État- converti d'absolutiste en libéral- et la société de féodale et aristocrate, en bourgeoise. Et au-delà : étant donné ces événements, le peuple devint tardivement le protagoniste de sa propre histoire. » Luis Roberto Barroso, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil," *Themis* 4,2 (2006) : 13-100.

⁶⁵⁰ Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 34.

⁶⁵¹ Citons : « La pensée juridique libérale fut, pourtant, la principale responsable de l'élaboration de la doctrine de la propriété absolue- ou quasi-absolue ? - dans une confusion évidente des formulations politiques avec la doctrine économique de l'époque » Raimundo Bezerra Falcão, *Tributação e Mudança Social*, (Rio de Janeiro : Forense, 1981), 236-237. « Dans une tentative d'égalité entre les hommes, chacun commença à valoir moins par les titres de noblesse, et plus par son patrimoine-c'était l'ascension de la bourgeoisie en tant que classe sociale. » Luciano de Godoy Souza, *Direito agrário constitucional: origem*

Dans l'œuvre de John Locke, le penseur le plus fortement associé à la genèse du libéralisme, le développement de la société de l'époque s'organise dans un sens pouvant être dénommé l'individualisme possessif, dans lequel la liberté humaine se fonde sur la propriété privée⁶⁵². Il se crée dès lors une conception de la vie privée directement associée à la protection de la propriété, dominante à l'époque et qui, comme nous l'avons remarqué, fait sentir son influence encore aujourd'hui.

Plus tard, Stuart Mill, conscient des premiers changements causés par la société industrielle et aussi du développement de l'idée de liberté directement liée à l'autonomie privée, construit une conception pour laquelle la vie privée est une forme de résistance de l'homme face à la tendance de massification de la société industrielle⁶⁵³, en cherchant ainsi à *corriger* les destinées du libéralisme, pour ensuite considérer avec le plus grand soin une classe qui, même étant allégée du contrôle des moyens de production, était essentielle à son amélioration.

Dans ce contexte, le législateur doit s'occuper de manière exhaustive du droit privé, étant donné que les préoccupations des dirigeants se concentrent dans le domaine du droit public, comme organisation administrative et fiscale⁶⁵⁴; et le droit privé devient bourgeois, car il commence à refléter l'idéologie de la classe socio-économique qui fera

da propriedade, (São Paulo : Atlas, 1999), 25, cité pour João Luis Nogueira Matias, "O fundamento econômico e as novas formas de propriedade," *Estudos de direito de propriedade e meio ambiente*, (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009), 95-125. « La propriété libérale émane de potentialités subjectives, constituant un instrument de la souveraineté individuelle » Gilberto Bercovici, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988* (São Paulo : Malheiros, 2005), 139. « C'est comme si l'esprit de commerce qui canalise les énergies de l'homme bourgeois commençait à remplacer l'esprit de conquête qui a toujours caractérisé les détenteurs du pouvoir politique. Le marché et les intérêts commerciaux deviennent décisifs, comme une boussole, non seulement pour les actions individuelles, mais aussi pour les décisions politiques » Ingo Wolfgang Sarlet et al., *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Porto Alegre : Livraria Do Advogado, 2006), 22.

⁶⁵² « Si l'homme, dans l'état de nature, est aussi libre que je l'ai dit, s'il est le seigneur absolu de sa personne et de ses possessions, égal au plus grand et sujet à personne ; pourquoi se dépouille-t-il de sa liberté et de cet empire, pourquoi se soumet-il à la domination et à l'inspection de quel qu'autre pouvoir? Il est aisé de répondre, qu'encore que, dans l'état de nature, l'homme ait un droit, tel que nous avons posé, la jouissance de ce droit est pourtant fort incertaine et exposée sans cesse à l'invasion d'autrui. Car, tous les hommes étant Rois, tous étant égaux et la plupart étant de piètres observateurs de l'équité et de la justice, la jouissance d'un bien propre, dans cet état, est mal assurée et ne peut guère être tranquille. C'est ce qui oblige les hommes de quitter cette condition, laquelle, aussi libre qu'elle soit, est pleine de crainte, et exposée à de continuels dangers, et cela fait voir que ce n'est pas sans raison qu'ils recherchent la société, et qu'ils souhaitent de se joindre avec d'autres qui sont déjà unis ou qui ont dessein de s'unir et de composer un corps, pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens; choses que j'appelle, d'un nom général, propriétés. » John Locke, *Traité du gouvernement civil*, (Québec : Université du Québec, 2002), 76.

⁶⁵³ V. Antonio Baldassarre, *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, (Roma : Bulzoni, 1974), 29.

⁶⁵⁴ « Le droit privé a toujours été un domaine de non-intervention étatique, un secteur laissé aux coutumes (droit coutumier), au droit canonique (mariage, famille, filiation, succession), ou développé à partir de l'avis de juristes, depuis les juristes romains (qui étaient des citoyens particuliers, dédiés professionnellement à l'étude du droit), par les juristes humanistes » Facchini Neto, *Relexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, 19.

la conquête du pouvoir⁶⁵⁵. C'est alors qu'apparaît la *toute-puissance du législateur*⁶⁵⁶, comme une tentative d'éviter la tyrannie des juges médiévaux ; ainsi que la représentation dans laquelle le pouvoir législatif n'est plus l'expression d'une oligarchie étroite, mais de la nation toute entière. Ainsi, selon Montesquieu⁶⁵⁷, la décision judiciaire doit être une reproduction fidèle de la loi, à savoir « au juge ne doit pas être laissée une complète liberté d'exercer son imagination législative, parce que s'il pouvait modifier la loi sur la base de critères équitables, le principe de séparation des pouvoirs serait nié de par la présence de deux législateurs : le juge intègre, et celui qui imposerait subrepticement ses normes, rendant ainsi vaines celles du précédent⁶⁵⁸ ». L'exécutif et le judiciaire ont assumé des positions évidentes de subordination ; l'exécutif ne peut agir que s'il y est autorisé par la loi et dans ses limites exactes, et le judiciaire seulement pour l'appliquer, sans pouvoir l'interpréter ; le législatif, ainsi, assumerait nettement une position de supériorité⁶⁵⁹.

C'est ainsi qu'apparaît le mouvement de codification du droit, influencé par le Code Napoléon (1804), résultat d'une synthèse réussie entre le droit romain et le droit coutumier, inspiré des principes du droit naturel⁶⁶⁰, élevant au rang de lois et systématisant les idéaux de liberté atteints par la bourgeoisie, traduits par la reconnaissance du caractère absolu du droit de propriété. Le succès du Code Napoléon fut tellement important, en France comme à l'étranger, que, durant une longue période,

⁶⁵⁵ Facchini Neto, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, 19,20.

⁶⁵⁶ Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, (São Paulo: Ícone, 1995), 38.

⁶⁵⁷ « Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. » Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, (Paris: Flammarion, 2013), 121.

⁶⁵⁸ Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico*, 40. On peut percevoir ce sentiment de valorisation du législatif dans le panache des chercheurs de l'École de l'Exégèse : « Pont traite de matérialiste l'interprétation qui s'appuie sur la lettre du Code ; il préfère l'esprit de la loi et il lui est arrivé de mettre à la place de la volonté certaine du législateur, une volonté qui n'est pas la sienne. C'est une très mauvaise tendance. Négliger le texte, c'est aboutir nécessairement à l'incertitude et à l'erreur. » F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, (Paris : A. Marescq, 1887), 74. « Interpréter c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse ou subtile, elle peut même parfois prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas [...] meilleures ou moins bonnes, mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement elle ne serait plus l'interprétation. » C. Demolombe, *Cours de code civil*, (Paris : Auguste Durand Libraire et L. Hachette et C. Librairies, 1865), 135.

⁶⁵⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo*, (São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010), 27.

⁶⁶⁰ « L'avènement de l'État Libéral, la consolidation des idéaux constitutionnels dans les textes écrits et le succès du mouvement de codification ont symbolisé la victoire du droit naturel, son apogée. Paradoxalement, ils ont aussi représenté son dépassement historique. Au début du XIX^{ème} siècle, les droits naturels, cultivés depuis plus de deux millénaires, ont été incorporés d'une manière générale aux ordres positifs. Ils n'apportèrent pas la révolution, mais la conservation. Considéré métaphysique et anti-scientifique, le droit naturel est poussé aux marges de l'histoire par l'omnipotence positiviste du XIX^{ème} siècle. » Luis Roberto Barroso. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro," *Direito e Democracia*, 2 (2002) : 232.

les travaux des chercheurs ne furent rien d'autre que des commentaires de son contenu ; c'est la naissance de l'École de l'Exégèse⁶⁶¹.

Toutefois, le code français, ainsi que les fruits de son influence, ne contiennent aucune forme de disposition qui puisse servir de point de départ pour une théorie des droits de la personnalité⁶⁶². Il est bien vrai que son premier livre s'intitule « Des personnes » mais il ne traite que de problèmes d'état civil, de mariage, d'état civil ou de filiation. Le terme « personnalité » n'est pas mentionné une seule fois. Le seul dispositif qui pourrait être interprété comme lié à des intérêts personnels de l'individu, est l'article 1.166, selon lequel « les créanciers personnels peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». En revanche, les auteurs de l'époque ne font rien entrer dans la catégorie, qui ne ressemble point, même de loin, à nos droits de la personnalité. La doctrine d'Aubry et Rau, par exemple, définit que les droits attachés à la personne et mentionnés dans l'article, sont des droits « qui ne présentent pas un intérêt pécuniaire et actuel, et ceux qui, soit d'après une disposition spéciale de la loi [...], soit d'après le motif ou le but en vue desquels l'action ou le droit a été concédé, ne peuvent aller contre sa volonté⁶⁶³ ». Duranton énumère comme exemples les actions pures et simples en réclamation d'état⁶⁶⁴, les demandes en annulation de mariage, fondés sur une cause de nullité relative⁶⁶⁵, et

⁶⁶¹ L'École de l'Exégèse repose sur les fondements suivants : 1°) la richesse de la législation, à partir de la promulgation des codes, rend pratiquement impossible l'existence de lacunes ; 2°) dans l'hypothèse d'une lacune, l'interprète doit faire valoir les ressources fournies par analogie ; 3°) l'interprétation a pour objectif d'examiner l'intention du législateur, en considérant qu'il est l'auteur de la loi. De cette manière, l'interprète développe son activité dans les limites du texte de loi, car il ne peut aller au-delà de celui-ci. Il réalise seulement un travail d'exégèse, à partir du postulat selon lequel la loi écrite détient tous les droits. C'est un système hermétique, qui suppose la plénitude et la perfection de la loi écrite, considérée comme une révélation complète et finie du droit. L'interprétation de la loi se faisait plus étroitement, par le biais de la méthode grammaticale ou logique. Dans ce sens, on peut citer un des chef-d'œuvre de l'École de l'Exégèse, le cours de droit civil français d'Aubry et Rau, où on peut lire: « Cette interprétation de la loi peut avoir lieu dans deux hypothèses distinctes: 1° lorsque le style utilisé par le législateur ne présente pas par lui-même un sens clair et complet, soit en raison de la signification plus ou moins vague des termes, soit en raison d'une syntaxe plus ou moins défectueuse; 2° lorsque le style, ayant même un sens nettement déterminé, n'exprime pas exactement la pensée du législateur. Dans le premier cas, l'interprétation se fait absolument nécessaire ; dans le second elle est légitime, du moins dans la mesure où elle s'attache uniquement à rechercher la véritable pensée du législateur dans le but d'arriver à l'exacte application d'un texte de loi, sans s'attaquer à cette pensée elle-même pour en restreindre ou pour en étendre arbitrairement la portée. On appelle communément interprétation grammaticale celle qui s'attache à déterminer le véritable sens d'un texte obscur ou incomplet en s'aidant des usages de la langue et de règles de la syntaxe. On y oppose l'interprétation logique, en comprenant sous ces expressions tous les autres procédés d'interprétation. » Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, (Paris : ILGJ Marchal et Billard, 1917), 130.

⁶⁶² Carlos Alberto Bittar, *Direitos da Personalidade* (Rio de Janeiro : Forense Universitário, 2006), 33.

⁶⁶³ Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 80-81.

⁶⁶⁴ Alexandre Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, (Paris : G. Thorel, 1825), 541-544.

⁶⁶⁵ Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, 539-541.

l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude⁶⁶⁶.

Le code napoléonien était, en effet, la justification de la propriété privée comme un principe impératif⁶⁶⁷. Ainsi, à cette époque, le terme propriété apparaît seulement pour justifier le droit de propriété. Ceci amène Troplong à écrire, en 1835, « la chose ainsi saisie ou occupée participe, pour ainsi dire, de la personnalité de celui qui la tient [...] la propriété, c'est la liberté de l'homme exercée sur la nature physique⁶⁶⁸ » ; et Aubry et Rau dissertent sur le fait que « le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement in actu les biens déjà acquis, mais encore in potentia les biens à acquérir⁶⁶⁹ ».

Il reste que, conformément aux chercheurs de l'École de l'Exégèse, l'homme a reconnu la propriété sur lui-même, sur son corps, son nom, son pouvoir de création (propriété intellectuelle). Le philosophe français Victor Cousin en vient à affirmer que « notre première propriété, c'est nous-même, c'est notre moi, c'est notre liberté, c'est notre pensée : toutes les autres propriétés dérivent de celle-là et la réfléchissent⁶⁷⁰ ». Ainsi, il apparaît que les biens aujourd'hui protégés par le droit de la personnalité, sous la plume des juristes, n'étaient pas ignorés, mais étaient pris en charge par les fondements du droit à la propriété privée.

Dans ce contexte, on peut affirmer qu'au XIX^{ème} siècle, « la propriété était conçue comme essentielle au développement de la propre personne, en faveur de la réalisation de la personnalité de l'individu⁶⁷¹ » et qu'en conséquence le droit de propriété était la condition incontournable permettant d'arriver à la vie privée.

⁶⁶⁶ Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, 531-532.

⁶⁶⁷ « Le droit privé typique de la première codification avait pour axe central la protection de la propriété et ne laissait aucun espace à la positivité des droits de la personnalité. Le contrat, la succession et le régime des biens entre conjoints, instruments de circulation de la propriété privée, étaient les principales préoccupations du droit civil. La sécurité et l'assurance étaient les valeurs maximales et devaient être protégées selon les besoins de la bourgeoisie victorieuse, laquelle utilisait parfaitement le droit privé comme instrument de son projet politique et juridique. » Dennis Otte Lacerda, *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*, (Lisboa : Almedina, 2010), 33.

⁶⁶⁸ Troplong, *Le droit civil expliqué : De la prescription ou commentaire du titre XX du Livre III du Code Civil*, 1835, 6, cité par Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 47.

⁶⁶⁹ Aubry et Rau. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 332.

⁶⁷⁰ V. Cousin, *Cours d'histoire de la philosophie morale au dix-huitième siècle, professé à la faculté de lettres en 1819 et 1820*, Paris 1839-1842, t.1, p.11, cité par Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, 47.

⁶⁷¹ Pietro Perlingieri ajoute que « la propriété est, donc, l'assujettissement de la chose à la domination de la volonté, afin qu'elle serve aux finalités humaines, et constitue la sphère externe dans laquelle l'homme, disposant de sa volonté libre, opère et trouve des conditions matérielles pour sa survie et pour son développement physique. » Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, (Napoli : EDI, 1982), 151.

Il y a, donc, à partir du XVI^{ème} siècle, un changement dans les habitudes⁶⁷² pour ce qui concerne la vie quotidienne. La nouvelle disposition architectonique des maisons et des villes, plus propices à une séparation par classe et par catégorie et même par l'isolement, est devenue la règle. La notion actuelle de vie privée commence à apparaître⁶⁷³, qui pourrait seulement se développer dans cette nouvelle situation créée par l'homme face à la société. Cet enrichissement de la sphère privée est créé en conséquence de l'individualisme, d'après Hannah Arendt, en raison de la nouvelle vie privée, une opposition à la sphère sociale se structure, et non pas à la sphère politique, comme ce fut le cas pour l'homme antique⁶⁷⁴. La société industrielle, elle aussi, change l'équilibre entre vie rurale et vie urbaine, avec toutes ses conséquences. En ville, les relations tendent à être impersonnelles ; et la survie, dévêtue de nombreuses formes d'associationnisme typiquement rurales, tend à prendre un caractère plus individualiste. Dans le contexte rural, le monde des relations tend à être inégal.

À l'individualisme s'ajoutent, donc, les moyens matériels à disposition, dans un premier moment de la bourgeoisie, et qui ont été postérieurement massifiés, lesquels réalisaient de diverses manières la délimitation d'espaces entre les habitants d'une même maison. De tels moyens étaient par règle fournis par la technologie, comme l'était la construction de logements collectifs, la diffusion de l'électrification et de toute l'infrastructure domestique, accompagnés d'une diminution du nombre de membres pour une famille moyenne- ce qui implique directement qu'un nombre inférieur de personnes auraient besoin de partager leur chambre avec d'autres⁶⁷⁵.

Un tel fait, ajouté à l'apparition des moyens de communication de masse, a modifié aussi bien l'espérance de vie privée que l'ont fait les mécanismes sociaux qui éventuellement neutralisaient ou diminuaient l'impact causé par l'intrusion dans la vie privée d'un citoyen. Ainsi, un des grands changements était en rapport avec celui des

⁶⁷² « La salle à manger a cessé d'être utilisée comme chambre à coucher ; et, si au XVI^{ème} siècle, la chambre de la dame restait le lieu réservé où les invités étaient reçus, aux réceptions du XVII^{ème} les conversations dorénavant se faisaient dans un espace très spécial : le salon. Les portes séparant les chambres ont été abandonnées, on y a mis un couloir le long des maisons. Ce fut nécessaire pour une femme, une certaine privacité qui produisit ce nouvel élément de circulation spéciale. » Lewis Mumford, *La città nella storia*, (Milano : Edizioni di Comunità, 1964), 210.

⁶⁷³ V. Stefano Rodotà, *Tecnologie e diritti*, (Bologna: Il Mulino, 1995), 22.

⁶⁷⁴ Pour l'auteure, la sensibilité de l'homme ancien considérait l'isolement comme une privation qui ne devait être tolérée qu'éventuellement, pour mettre en évidence le fait qu'un homme qui vivait uniquement dans sa propre sphère privée ne pourrait accéder à la sphère publique, la seule où ses désirs puissent être satisfaits. Un tel sentiment de privation n'est plus aujourd'hui une conséquence qu'on ne puisse écarter de la vie privée, à cause exactement de l'enrichissement du contenu de cette dernière, qui la rendait plus complexe et attirante. Hannah Arendt, *A condição humana*, 28.

⁶⁷⁵ Georges Duby et Philippe Ariès, *La vita privata: il Novecento*, (Bari : Laterza, 2001) 55-56.

nouveaux contours de l'habitation privée. Nous pouvons trouver dans la littérature juridique d'alors, et même dans l'antérieure, diverses formes de protection de l'habitat contre des invasions ce qui, pourtant, n'était point suffisant pour pouvoir conclure qu'une telle protection du domicile soit une anticipation des garanties de la vie privée⁶⁷⁶. Ce ne serait pas encore cette fois, car en vérité ces interdits n'avaient de sens que dans la structure de pouvoirs, dans un ordre juridique pluraliste comme l'était l'ordre féodal⁶⁷⁷.

L'insertion d'un droit à la vie privée dans les droits internes des Etats à caractère éminemment patrimonialiste ont fait de celle-ci une prérogative réservée à des strates sociales bien définies. Elle est apparue plutôt comme un mode de différenciation dans le corps social de la classe bourgeoise avec une forte composante individualiste.⁶⁷⁸ La protection de la vie privée apparaît donc non comme une exigence naturelle de toutes les personnes mais plutôt comme une acquisition d'un privilège par un groupe (la bourgeoisie)⁶⁷⁹. Elle surgit en ayant une connotation élitiste, rejetée de l'horizon de la classe ouvrière⁶⁸⁰, au point que Rodotà ait même affirmé que « pauvreté et vie privée sont simplement contradictoires⁶⁸¹ ».

La vie privée devient de ce fait la prérogative d'une classe bourgeoise émergente⁶⁸² qui, du fait de sa forte composante individualiste, utilise celle-ci pour

⁶⁷⁶ Même chose pour Busia et Luciani : « La protection de la personne et la protection de la chose ne se complémentent pas au point que la deuxième deviendrait un prolongement de la première. De la même manière que le seigneur féodal exerçait ses privilèges dans le périmètre de ses propriétés, c'est à dire, de ses terres - my castle -, la bourgeoisie exige d'exercer ses droits (de liberté) dans le périmètre de sa propriété - my home » Giuseppe Busia et Massimo Luciani, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, (Paris : Economica, 2001), 301.

⁶⁷⁷ Bernard Beignier illustre l'absence d'une *notion* ou d'une *valeur* liée en ce temps à la vie privée, en rappelant qu'au palais de Versailles, à l'époque de Louis XIV, un roi dont la vie se passait littéralement en public, ne disposait pas de toilettes (introduites timidement et postérieurement par Louis XV). La vie publique de la monarchie française, dans les premières années du palais, était telle que des actes comme le sommeil, ou l'habillement, l'hygiène et d'autres qui seraient pour nous l'apanage de l'individualité, se faisaient en public. Ce fut seulement dans une phase postérieure que la vie publique de la monarchie commença à se limiter uniquement aux fêtes et aux réceptions officielles. Bernard Beignier, *Le droit de la personnalité*, (Paris : PUF, 1992), 8.

⁶⁷⁸ Stefano Rodotà, *Tecnologie e diritti*, 23.

⁶⁷⁹ Perez Luño rappelle que « les images rapportées par d'autres romanciers de cette période, comme Dickens, Zola, Pérez, Galdós, même si elles possèdent un contenu littéraire, constituent un véritable témoignage d'une plus grande sensibilité des écrivains de cette époque au sujet de la cause des opprimés ». Pérez-Luño, A.E. "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978", *Revista de Estudios Políticos* 9, (1979) : 66.

⁶⁸⁰ Les conditions de vie au tout début de la Révolution Industrielle nous éloignent de la possibilité de rechercher un droit à la vie privée. On se souvient de la discrétion d'Engels sur les conditions de vie du prolétariat en Angleterre. F. Engels, *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, (Madrid : Akal, 1976).

⁶⁸¹ Stefano Rodotà. *Repertorio di fini secolo*. (Bari : Laterza, 1999), 205. Voir aussi Bendich, pour qui « poverty and privacy are simply contradictoires ». Bendich A M. *Privacy, Poverty and the Constitution*, (California : Berkeley, 1966), 7.

⁶⁸² La genèse du droit à la vie privée démontre que ses caractéristiques se sont formées en étroite relation avec les nécessités et l'idéologie de la classe sociale qui la réclamait, ce qui explique une dominante individualiste lui étant associée que l'on peut trouver encore aujourd'hui : « la naissance de la notion de vie

marquer son identité dans la société et aussi pour que le solitaire bourgeois puisse s'isoler à l'intérieur de sa propre classe⁶⁸³.

Nous pouvons observer les chroniques judiciaires du passé en rapport avec la vie privée pour remarquer une ressemblance dans des listes de célébrités de chaque époque: en Angleterre, l'affaire mentionnée comme une entrée en matière dans les tribunaux met aux prises les littéraires Alexander Pope et Jonathan Swift⁶⁸⁴ et dans une autre affaire, le propre couple royal, le Prince Albert et la Reine Victoria⁶⁸⁵; en France, la première affaire sur la vie privée a été l'affaire Rachel, impliquant la célèbre actrice française de Elisa Rachel Félix⁶⁸⁶. Après la consécration du droit à la vie privée au plan international dans le contexte de l'après-guerre, spécialement à travers la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948⁶⁸⁷, comme également, au niveau européen, par la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁶⁸⁸, ce nouveau droit a été

privée peut être historiquement attribuée à la désagrégation de la société féodale et liée à l'apparition d'une classe, la bourgeoisie, qui tend à s'opérer grâce surtout aux transformations socio-économiques connexes comme la révolution industrielle ». Pérez-Luño, "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978", *Revista de Estudios Políticos*, 9 (1979), 64.

⁶⁸³ Stefano Rodotà, *Repertorio de fine secolo*. (Bari Laterza, 1999), 205.

⁶⁸⁴ Pope v. Curl, 26 Eng. Rep. 608 (1741). Pour illustrer ce cas, un éditeur publia sans autorisation la correspondance privée entre eux, ce qui engendra une décision en faveur d'Alexander Pope, laquelle reconnaissait les droits de propriété sur les propres lettres dirigées à son auteur. Le célèbre cas mérite une citation dans les commentaires de Blackstone. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (Oxford : Clarendon Press, 1765), 407.

⁶⁸⁵ Prince Albert v. Stange 64 ER 293 (1848). Il s'agissait de la reproduction graphique et de la vente d'objets de la collection privée du prince. Encore une fois, la décision a reconnu un droit de propriété qui empêcherait cette reproduction.

⁶⁸⁶ Tribunal civil de la Seine (16 juin 1858, D.P., 1858.3.62). Après sa mort, des photos de Rachel sur son lit de mort ont été largement publiées, ce qui a conduit sa soeur à solliciter au tribunal l'arrêt de ces publications.

⁶⁸⁷ La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, votée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, à Paris, rend la décision, dans son article 12° que « On relèvera que le premier document international qui formulait une protection de la vie privée dans un cadre multilatéral fut la Déclaration Américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme, votée à Bogota, lors de la IXème Conférence Internationale Américaine, dont l'article 5° déclare que « On notera encore, dans un contexte de droit international, le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques, souscrit à New York le 16 décembre 1966, qui vint renforcer les dispositions de la DUDH, laquelle, dans son article 17° dispose que 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

⁶⁸⁸ La CEDH est un document créé par le Conseil de l'Europe avec la finalité de protéger certains droits et fins fondamentales, qui contient un catalogue de droits devant être respectés et garantis par les États-membres. Parmi ces droits, on relèvera le présent dans l'article 8° : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » Pour une vue d'ensemble de l'organisation de la protection des droits de l'homme par la Cour européenne des droits de l'homme, voir : Yannick Lécuyer, *Convention et cour européennes des droits de l'homme*, (Paris, Gualino, 2015-2016).

désormais traité dans le droit interne des États européens, soit à travers la loi⁶⁸⁹, soit à travers une construction jurisprudentielle⁶⁹⁰, soit au moyen d'une prévision constitutionnelle déterminée⁶⁹¹. La construction du droit à la vie privée comme droit de la personnalité a influencé le Code civil de 2002, raison pour laquelle la jurisprudence se réfère souvent à ses origines historiques européennes pour trouver le contenu du droit à la vie privée dans le droit brésilien⁶⁹².

2) La conception de droit à la vie privée en droit américain : le « right to be alone »

⁶⁸⁹ En France, par exemple, l'article 9, alinéa 1 du code civil décide que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. » Ainsi, chacun a, sur le fondement de l'article 9 du code civil, le droit de s'opposer à la reproduction de son image ou à la diffusion de tout commentaire relatif à sa vie privée. Les juges ont délimité les contours de cette notion en considérant comme des atteintes à la vie privée toutes les informations faisant intrusion dans l'intimité de la personne, notamment : les relations sexuelles; la vie sentimentale; la vie familiale; la situation financière; les souvenirs personnels; l'état de santé; les convictions politiques ou religieuses. La jurisprudence sanctionne tous les modes de divulgation : l'affichage, l'exposition publique du portrait (CA Paris, 1^{re} ch, 19 avr. 1985), la diffusion dans un journal, dans une revue ou dans un livre, une projection à l'écran, à la télévision, sur un site Internet (CA, Paris, le 10 fév. 1999), dans un jeu informatique (Cass. 1^{re} civ., du 31 mai 1988).

⁶⁹⁰ C'est le cas de l'Italie où la protection au *diritto alla riservatezza* ne dispose pas de protection déterminée dans la loi ou la constitution. Pourtant, sur la base de l'article 2° de la Constitution, qui reconnaît et garantit, en des termes généraux, les *diritti inviolabili* de l'homme, le tribunal constitutionnel a compris que parmi ceux-ci, il y aurait « les droits à la propre moralité, de la respectabilité et de la *riservatezza*, de l'intimité et de la réputation. » Dans ce sens, Lucia D'Arcangelo "Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro" *RGLPS*, 1 (2003), 75 et E. Maria Paola Monaco, "L'obbligo di riservatezza delle persone giuridiche e la prestazione fedele : un percorso di lettura," *RIDL*, II (2001), 103. On ne peut pourtant pas dire, cependant, que le droit italien ne dispose pas de protection légale déterminée envers la vie privée.

⁶⁹¹ Dans le droit espagnol tout comme dans le portugais, la protection de la vie privée trouve un appui certain dans la constitution. En Espagne, la protection constitutionnelle de ce droit se trouve à l'article 18, lequel garantit le droit à l'intimité, à l'honneur et à la propre image, en dehors de l'inviolabilité du domicile et du droit au secret des communications. Pourtant, la doctrine espagnole se plaint du fait que le manque de description légale infra-constitutionnelle du contenu de la vie intime ou de la sphère privée de la personne difficile la détermination de sa teneur. Dans ce sens, Blanca Rodríguez Ruiz, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, 9-110; Carmen Ortiz lallana, "Derechos fundamentales y relaciones laboral," *RMTAS*, 13 (1998) : 22; Arias Domínguez et Rubio Sánchez, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, (Navarra : Thomson Aranzadi, 2006), 43. La Constitution portugaise de 1976 fait mention expresse au droit à la réserve concernant la vie privée et familiale, ainsi qu'à la tutelle de l'autodétermination informative. La protection de ce droit dans le droit portugais ne se limite pas à l'aspect constitutionnel, rencontrant une prévision dans le code civil (art.70), dans le code pénal (arts. 190 à 198) et dans le code du travail (arts. 14 à 22). Lourenço Martins, Garcia Marques et Pedro Simões Dias, *Cyberlaw em Portugal*, (Lisboa : Centroalt, 2004), 365, considèrent qu'étant donné ce fait le droit portugais, quant à la protection de la vie privée, occupe le niveau de protection le plus élevé si comparé au droit national des divers états européens.

⁶⁹² Dans ce sens, pour tous, TST, AIRR91407620025010053 Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 30/04/2008.

La jurisprudence brésilienne mentionne souvent la construction nord-américaine du « right to privacy » pour trouver la notion de droit à la vie privée dans le droit positif⁶⁹³.

En effet, les premières bases juridiques d'un droit à la vie privée aux fondements divers de protection du patrimoine sont apparues à l'occasion de la décision du magistrat nord-américain Thomas Cooley (1888)⁶⁹⁴, et grâce à la publication de l'article Le droit à la vie privée de Warren et Brandeis dans la revue *Harvard Law* (1890)⁶⁹⁵.

Le fait que la discussion moderne sur la vie privée soit apparue en territoire nord-américain est une donnée emblématique méritant réflexion- en fait, ce fut l'une des premières occasions où un thème important de la Western legal tradition recevait une impulsion décisive à partir de réflexions nées en Amérique, loin de ses racines européennes.

L'article de Warren et Brandeis fait, en vérité, partie d'un contexte bien plus vaste où se trouvaient le capitalisme et la société américaine. L'expansion vers l'ouest et toute la symbolique qu'elle a liée à la culture et aux modes nord-américains étaient terminées- d'ailleurs, l'historien Turner déclarait finie l'ère des frontières en 1893. Ce qui a motivé l'article ne constituait pas, pourtant, un facteur différent de ce que l'on commençait à observer en Europe : la formation d'une bourgeoisie aux idéaux individualistes, la prolifération des journaux et l'avancée technologique, notamment

⁶⁹³ Dans ce sens, pour tous, TST, RR923007020135130023, Cláudio Mascarenhas Brandão, 15/04/2015.

⁶⁹⁴ Pourtant, dans son œuvre, *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independent of contract*, Cooley se référait au droit à la vie privée de forme accidentelle, quasiment comme un droit fonctionnel à la sécurité personnelle dans le sens d'un traité sur des faits illicites. Dans ce sens, Nicola Lugaresi, *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, (Milano : Giuffrè, 2000), 47.

⁶⁹⁵ C'est un fait pratiquement consensuel, que l'article de Warren et Brandeis constitue un événement dans lequel les aspects se référant au thème commencent à être traités sur la défense de la vie privée. Dans ce sens, v., dans la doctrine italienne : Rodotà, *Tecnologie e diritti*, (Bologna : Societa Editrice il Mulino, 1995), 24, qui nomme les auteurs « pères fondateurs de la vie privée sur le plan juridique », et Enzo Roppo, "Informatica, tutela della "privacy" e diritti di libertà," *Giurisprudenza Italiana*, CXXXVI, (1984) : 169, qui parvient à se référer à une "date de naissance" pour l'article des auteurs. Dans la doctrine française, voir Sylvain Lefebvre, *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, (Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998,) 21. Dans la doctrine américaine, v. Darren Charters, "Electronic Monitoring and Privacy Issues in Business-Marketing : the ethics of the doubleclick experience," *Journal of Business Ethics*, 35, (2002) : 246. Dans la doctrine espagnole, v. Abel Tellez Aguilera, *Nuevas Tecnologías, intimidación y protección de datos : estudio sistemático de la ley orgánica 15-1999*, (Madrid : Edisofer, 2001), 56. Cependant, Perez Luño rappelle qu'avant la publication du the right to privacy, il y eut une importante contribution de David Augusto Roder en 1848 : « Quand David définit comme actes contraires au droit naturel à la vie privée le fait de « gêner quelqu'un par des questions indiscrettes », ou celui de « rentrer dans un domicile sans être annoncé », il légitime, sur la base du droit naturel, des formes de vie qui n'étaient aucunement représentatives de la majorité de la population. » A. E. Pérez-Luño, "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978," *Revista de Estudios Políticos*, 9 (1979), 66.

l'invention de la photographie instantanée⁶⁹⁶.

Les journaux locaux commençaient à écrire en commentant les fêtes que la femme de Warren avait l'habitude de donner dans sa maison de Boston, publiant des détails très personnels⁶⁹⁷. Le mariage de la fille de Warren, qui a eu une somptueuse commémoration, décrite minutieusement par la presse locale, est aussi rapporté comme le moment où son embarras a atteint la limite du possible, ce qui l'a conduit à écrire l'article⁶⁹⁸.

L'article reproduit la tendance vers une fondation diverse pour une protection de la vie privée, libérée du droit de propriété, et qui commence à apparaître. Un de ses aspects fondamentaux est l'observation par laquelle le principe qui doit être respecté dans la protection de la vie privée (dans ce cas spécifique, dans la publication d'écrits personnels) ne passe pas par la propriété privée, mais plutôt par celle qu'on appelle « inviolate personality⁶⁹⁹ ».

On a défini le droit à la vie privée comme un droit au contenu ample, adapté aux répercussions que les nouvelles inventions technologiques pourrait avoir dans la vie privée de chacun, à partir du moment où celle-ci intègrait des facultés de contrôle sur les propres informations⁷⁰⁰. Ce serait un droit d'aspect ouvert et de nature fondamentale. Voilà pourquoi en droit américain, le droit à la vie privée prend un caractère plus général, lequel se doit d'être dûment filtré lorsqu'il est analysé par un juriste affilié à notre culture juridique (ou par n'importe lequel se référant à la *common law*).

L'article a pourtant eu une influence dépassant les espoirs des plus optimistes de ses auteurs⁷⁰¹. Cependant, malgré l'influence du travail de Warren et Brandeis, aux

⁶⁹⁶ Avec l'invention de la photographie instantanée, il n'était plus nécessaire de solliciter à une personne qu'elle prenne la pose, car il était possible d'obtenir des images de forme dérobée. Grâce à cela, on retirait de la personne la connaissance du fait d'être observée et photographiée et, en conséquence, d'exercer aucun contrôle sur l'information privée. Dans ce sens, William Prosser, "Privacy," *California Law Review*, 48 (1960), 420.

⁶⁹⁷ D'après le témoignage du plus grand biographe de Brandeis, l'épouse de Brandeis (fille de sénateur) avait l'habitude de donner des fêtes dans sa maison de Boston. Les journaux locaux, principalement le *Saturday Evening Gazette*, spécialiste des sujets de la haute société, ont commencé à écrire sur ces fêtes avec des détails très personnels, parfois désagréables. Ainsi, Warren alla chercher son ex-collègue de la faculté de droit, Brandeis, afin de l'aider, ce qui motiva l'élaboration de l'article. Alpheus T. Mason. *Brandeis : A free man's life*. (New York : Viking, 1946) cité pour Edward Bloustein. "Privacy as an aspect of human dignity : An answer to Dean Prosser". *New York University Law Review* 39 (1964) : 966.

⁶⁹⁸ William Prosser en arriva à se poser des questions sur l'extraordinaire beauté de la fille de Warren, pour lui avoir appartenu « le visage qui généra une centaine d'actions ». William Prosser, "Privacy," 423.

⁶⁹⁹ Warren et Brandeis, *The right to privacy*", 196.

⁷⁰⁰ Judith Decew, *In pursuit of privacy : law, ethics, and the rise of technology*, (Cornell : Cornell University Press, 1997), 18.

⁷⁰¹ « Il est difficile d'imaginer un article scientifique plus influent. L'article a acquis une place à part dans le monde onirique des rats de bibliothèque de droit ou de ceux qui posent leurs yeux bleus devant leurs écrans d'ordinateurs en faisant des recherches avec l'espoir que leurs efforts feront naître des idées qui

pays de la *civil law*, la protection de la vie privée a seulement atteint son niveau définitif avec la consécration des droits de la personnalité après la guerre, ceux-ci fondés dans la dignité de la personne humaine, tout comme un droit de la personnalité.

B. Le Droit à la vie privée dans le droit brésilien

À partir de l'analyse de ses prévisions en droit positif brésilien (1), nous examinerons les contributions jurisprudentielles et doctrinales dans le but de donner une définition du droit à la vie privée dans le droit brésilien (2).

1) *La vie privée dans la législation*

Inspirée du droit espagnol et du droit portugais⁷⁰², la Constitution Fédérale de 1988 a déterminé une protection effective pour le droit à la vie privée dans l'article 5, division X, situé Titre II : « Des Droits et des Garanties Fondamentales », que dispose : « Sont inviolables l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes, étant assuré un droit à une indemnisation suite au dommage matériel ou moral provenant de leur transgression⁷⁰³ ».

Les Constitutions antérieures ne faisaient qu'assurer une protection implicite aux droits à l'intimité et à la vie privée, à travers une mention d'une certaine teneur à peine de ces droits fondamentaux, qui présentent un vaste contenu⁷⁰⁴.

marqueront d'une manière si décisive l'histoire du droit. » Richard Turkington et Anita Allen, *Privacy law. Cases and materials* (Saint Paul : West Information Publishing Group, 2001) 38.

⁷⁰² Dans ce sens, Leticia de Faria Sardas, *Direitos da personalidade na sociedade globalizada* (São Paulo : IJC, 2013), 62.

⁷⁰³ On notera que Les droits fondamentaux individuels, dans lesquels s'insèrent les droits à l'intimité et à la vie privée, font partie d'une liste des « *clauses pétreas* » (« clauses immutables »), conformément à la disposition de l'art. 60, §4°, IV, de la CF/88, étant, donc, des noyaux centraux permanents des normes integrantes de la constitution d'un pays, l'homme constitutionnel qui en dérive ne pouvant pas autoriser une Modification Constitutionnelle qui vise à abolir ou qui dénote une tendance à abolir ces droits.

⁷⁰⁴ Ainsi, la Constitution de l'Empire, de 1824, parlait de l'inviolabilité du domicile et des lettres, dans son art. 179, VII et XXVI, protégeant ainsi, indirectement, l'intimité en rapport avec ces sujets. La Constitution de la République, de 1891, réglementait l'inviolabilité du domicile et de la correspondance dans son art. 72, §§11 et 12 et la Constitution de 1934, l'a protégée dans l'art.113, ns 8 et 16. La lettre de 1937, fruit d'un régime dictatorial, a reproduit, dans ses lignes générales, le contenu de la Constitution de 1934, dans son art. 112§6°, tandis que la Constitution de 1946, qui a restitué le régime démocratique dans le pays, a protégé l'intimité, à travers l'inviolabilité du domicile et de la correspondance dans l' art.141, §§ 6° et 15°. La Constitution de 1967 a garanti l'inviolabilité de la correspondance et, pour la première fois, le secret des communications téléphoniques et télégraphiques, dans l'art. 153, § 9°, se montrant attentive au

La Constitution de 1988, outre le fait de protéger explicitement et directement les droits à l'intimité et à la vie privée dans son art. 5º, X, protège d'autres aspects de ces droits, comme le droit de réponse⁷⁰⁵, l'inviolabilité du domicile⁷⁰⁶, l'inviolabilité du secret de la correspondance, des communications télégraphiques, de données et des communications téléphoniques, sauf restriction judiciaire⁷⁰⁷ et la préservation de la source, quand cela est nécessaire à l'exercice professionnel, s'agissant d'accès à l'information⁷⁰⁸ et la restriction à une publicité des actes de procédure^{709 710}.

La protection de la vie privée se trouve également, dans le code civil de 2002, qui établit une liste exemplaire des droits de la personnalité. Ainsi, à l'article 21, le code dispose que « la vie privée de la personne naturelle est inviolable, et le juge, à la demande de l'intéressé, adoptera les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser un acte contraire à cette norme ».

Dans une matière du domaine du travail, vu l'absence de normes sur le thème de la CLT, la jurisprudence garantit le droit à la vie privée des travailleurs dans certains cas en appliquant l'article 21 du Code Civil également dans les rapports de travail, dans d'autres cas souvent, appliquant l'efficacité horizontale au droit fondamental prévu par l'art. 5º, X de la Constitution Fédérale.

2) *La vie privée dans la doctrine et la jurisprudence*

Le fait que la constitution traite à part une protection *de l'intimité et de la vie privée* et que le code civil le fasse seulement pour la *vie privée* apporte certaines difficultés à l'interprète. D'où l'importance, dans ce cas, du rôle de la jurisprudence et de la doctrine, qui construisent les repères qui définissent la vie privée dans le droit brésilien (i), en dehors du fait de contribuer en classant ce droit fondamental suivant le critère

développement technologique et a été jusqu'à maintenir l'inviolabilité du domicile, à l'art. 153, §10. Sur le thème, voir : Bonavides et Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil* (Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989).

⁷⁰⁵ Article 5º, XIV de la CF.

⁷⁰⁶ Article 5º, XI de la CF.

⁷⁰⁷ Article 5º, XII de la CF.

⁷⁰⁸ Article 5º, XIV de la CF.

⁷⁰⁹ Article 5º, LX de la CF.

⁷¹⁰ On mettra en évidence le fait que, en dehors du droit à la vie privée, cette Norme Fondamentale garantit d'autres droits de la personnalité, traditionnellement aussi inscrits dans les pages de droit civil, comme le droit à la vie, le droit à l'honneur, le droit à l'image, le droit moral de l'auteur, le droit à l'intégrité physique, le droit à la voix, le droit à l'intégrité psychique et le droit à la propriété intellectuelle.

fonctionnel (ii).

i. Définition

La jurisprudence brésilienne penche actuellement vers trois éléments qui définissent le droit à la vie privée, à savoir : la vie privée physique, la vie privée du domicile et la vie privée des communications.

La vie privée physique, notion inspirée de la jurisprudence du TCA⁷¹¹, protège le corps de l'individu contre des procédés invasifs non autorisés par la propre personne, comme la réalisation forcée de tests antidrogues et d'examens génétiques⁷¹².

La deuxième espèce penche vers le « droit à la vie privée du domicile », protégée par l'art. 5^o, XI de la CF, qui décide ainsi : « la maison constitue un asile inviolable de l'individu, nul ne pouvant y pénétrer sans le consentement du locataire, sauf en cas de flagrant délit ou de désastre, ou pour venir en aide, ou bien, durant la journée, par détermination judiciaire. » L'expression « maison » présente dans l'art. 5^o XI, qui dédie le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile, est comprise de forme plus ample que celle de domicile dans le droit civil par la doctrine constitutionnelle⁷¹³ et par la jurisprudence du STF⁷¹⁴. La jurisprudence du STF a considéré, comme objet de protection

⁷¹¹ Le Tribunal Constitutionnel Fédéral allemand a reconnu le droit à la vie privée physique, dans une décision datée du 10 juin 1963 (BVerfGe 16,194- *Liquorentnahme*), dans laquelle elle a accepté la réclamation constitutionnelle sollicitée par le chef d'une petite entreprise, qui, dans un procès criminel pour lequel une peine pécuniaire était prévue, s'est vu forcé de se soumettre à une intervention chirurgicale pour un retrait de liquide céphalo rachidien, cela pour prouver sa responsabilité. Selon le Tribunal, l'intérêt du public dans l'éclaircissement de crimes ne justifie pas la violation de l'intégrité physique du requérant, d'autant plus s'agissant d'un délit de moindre potentiel offensif. Voir : Leonardo Martins, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão* (Montevideo : Fundación Konrad Adenauer, 2005), 294-296.

⁷¹² Étant donné qu'il existe d'autres moyens pour prouver la paternité, nous devons préserver le droit à la vie privée, interdisant la réalisation obligatoire de l'examen d'ADN (Acide désoxyribonucléique) comme on l'observe dans les négociations suivantes du Suprême Tribunal Fédéral du Brésil : STF, HC 71373-RS, Marco Aurélio, 10/11/1994.

⁷¹³ Dans le droit civil brésilien, on comprend par domicile (prévu dans les arts 70 et suiv. du Code Civil) comme étant « le siège juridique de la personne où elle est présumée présente pour des effets de droit et où elle exerce ou pratique, habituellement, ses actes ou affaires juridiques ». Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, (São Paulo: Saraiva, 2010), 225. La doctrine constitutionnelle, quant à elle, a compris la protection du domicile comme un droit fondamental, lui conférant un sens ample, comme « tout compartiment occupé où l'individu puisse profiter de sa vie privée dans ses diverses manifestations ». Dans ce sens, par exemple, la proposition de Mendes et Branco, *Curso de direito constitucional*, 197-199. Dans le même sens, Bernardo Gonçalves Fernandes, *Curso de direito constitucional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

⁷¹⁴ Dans ce sens, pour tous, le STF, RE251.445-4/GO, Celso de Mello, 21/06/2000, dont son amendement se transcrit : « Pour les fins de protection constitutionnelle à laquelle se réfère l'art. 5^o XI, de la Carte Politique, le concept normatif de « maison » se révèle être inclusif et, comme il s'étend à tout compartiment

de la garantie constitutionnelle d'inviolabilité du domicile, « tout endroit privatif, occupé par quelqu'un, avec un droit personnel et de manière exclusive, même sans caractère définitif ou habituel⁷¹⁵ », incluant également « tout compartiment privé où quelqu'un exerce une profession ou une activité⁷¹⁶ ».

On entend par domicile la résidence ou n'importe quel local délimité ou séparé qu'une personne occupe en exclusivité comme une chambre d'hôtel et des bureaux professionnels, dès l'instant où il y a l'intention de s'y établir. Dès lors, la violation du domicile devient possible seulement en cas de flagrant délit ou de désastre ou pour venir en aide, sans s'importer de l'heure de la journée ou de la nuit ; ou pendant le jour avec un ordre judiciaire, ayant soin de la vie privée des habitants dans la plupart des cas.

La troisième catégorie prend en compte le droit à la « vie privée des personnes dans l'aspect des communications », prévue à l'art. 5º, XII de de la CF, qui garantit être « inviolable le secret de la correspondance et des communications télégraphiques, de données et des communications téléphoniques, sauf, en dernier recours, par ordre judiciaire, dans les hypothèses et la forme établies par la loi pour des fins d'enquête criminelle ou d'instruction de procédure pénale ».

Elle protège toutes espèces de communication d'une interception de tiers et de l'État en personne, admettant l'intromission dans la vie privée uniquement en cas de décision judiciaire et pour sauvegarder d'autres intérêts publics. On notera du dispositif, en dehors du fait d'établir expressément l'inviolabilité de la correspondance et des communications en général, qu'il interdit implicitement la connaissance de son contenu par des tiers, ce qui garantit le secret des informations passées, même par moyen électronique.

En reconnaissant les trois dimensions, les juges ont l'habitude d'établir une

privé où une personne exerce une profession ou une activité (CP, art. 150, § 4º, III), il comprend les cabinets professionnels des chirurgiens-dentistes. Aucun agent public ne peut entrer dans un cabinet de consultation odontologique, réservé à l'exercice de l'activité professionnelle de chirurgien-dentiste, sans le consentement de celui-ci, à l'exception de situations catégoriquement prévues dans la Constitution (art. 5º., XI). L'indispensabilité de la présentation d'un mandat judiciaire se révélera être une mesure incontournable, chaque fois que cela sera nécessaire, pendant la période diurne, de procéder, à l'intérieur du cabinet odontologique, à tout type d'examen, ou à la saisie de tout objet qui puisse être dans l'intérêt du Pouvoir Public, sous peine de totale inefficacité juridique de l'action probante qui vienne à être exécutée dans un tel lieu. » Dans un même sens, voir STF, RHC90.376/RJ, Celso de Mello, 02/04/2007 et STF, HC91.610, Gilmar Mendes, 08/06/2010.

⁷¹⁵ Morceau du STF, MS-MC23.595, Celso de Mello, 01/02/2000.

⁷¹⁶ Morceau du STF, MS-MC23.595, Celso de Mello, 01/02/2000. Dans la décision, le rapporteur a mis l'accent sur le fait que, également dans la doctrine, la notion constitutionnelle de domicile n'est pas restreinte à l'habitation de l'individu prenant en compte tout espace privé dans lequel celui-ci exerce son activité professionnelle.

distinction entre intimité et vie privée, la vie privée étant plus ample. On comprend l'intimité comme des rapports subjectifs de traitement intime, comme celle en cours entre les parents et les amis ; et la vie privée, celle qui englobe le patrimoine moral et personnel dans les rapports commerciaux et ceux de travail. L'intimité comme la vie privée, donc, ont comme des éléments la vie privée physique, la vie privée du domicile et la vie privée des communications⁷¹⁷.

ii. Classification du droit fondamental à la vie privée

En classant le droit fondamental à la vie privée sur le « critère fonctionnel⁷¹⁸ », la doctrine⁷¹⁹, suivie par la jurisprudence⁷²⁰, ne prend pas en compte les difficultés à relever son caractère négatif- autrement dit le droit confié au titulaire d'exiger de l'État et des nombreux particuliers de s'abstenir d'intervenir dans sa sphère juridique, et comme conséquence la prérogative d'imposer à des tiers le respect de son intimité et de sa vie privée- le caractérisant comme un typique droit de défense, en protégeant la sphère individuelle du titulaire contre des intromissions du pouvoir public et des autres concitoyens.

Ainsi, la décision dans les l'art. 5^o, X et XII de la CF, dans sa « dimension négative », protège le titulaire d'intromissions de tiers dans sa sphère d'intimité et vie privée, lui attribuant une distance confortable vis à vis du monde extérieur.

Quand il reste une prétention négative face à l'État et aux autres individus, le droit à la vie privée assure au titulaire l'usufruit de trois parmi les quatre attributs « des droits de défense » : (a) non intervention envers des positions subjectives: protection des individus contre des actions de l'Etat en personne et aussi contre des particuliers interférant dans leur intimité et dans leur vie privée ; (b) non élimination de positions juridiques : interdiction que l'État invalide le droit fondamental à la vie privée ou le restreigne de telle sorte que son noyau essentiel en soit affecté ; (c) faculté de ne pas se

⁷¹⁷ Dans ce sens, TST, RR8522320125030025, Aloysio Corrêa da Veiga, 29/04/2015.

⁷¹⁸ Sur l'attribution d'un caractère négatif (et positif) au critère fonctionnel des droits fondamentaux, incorporée par la jurisprudence du STF, pour tous, nous citons de nouveau STF, AgRSL764AM, Ricardo Lewandowski, 04/02/2015. Dans la doctrine, voir : Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 84-85. Vieira Andrade, *Os direitos fundamentais*, 192 et suiv.

⁷¹⁹ Mendes, *Curso de direito constitucional*, 256.

⁷²⁰ STF, HC71272-RS, Marco Aurélio, 10/11/1994. STF, RE476361SC, Dias Toffoli, 18/04/2011. STF, RE158215/RS, Marco Aurélio, 10/04/1996.

bénéficiaire de positions prévues dans la norme : discussion sur la possibilité d'un renoncement et d'un non-exercice du droit à la vie privée.

La non-intervention vis à vis de positions subjectives s'impose comme un attribut d'une singulière importance, en considérant que la protection du droit à la vie privée doit être nécessaire à la garantie d'autres droits fondamentaux, tels que la liberté de pensée⁷²¹ ; la liberté de conscience et de croyance⁷²² ; la liberté d'expression⁷²³. L'exercice des préceptes évoqués requiert que l'individu dispose d'une sphère inviolable - intouchable par l'État et par les autres particuliers - où il puisse se détacher de son égo, s'unir à sa conscience, se libérant des chaînes imposées par la société. C'est seulement lorsqu'il sent que sa vie privée est préservée, que l'individu acquiert une certaine autonomie pour réfléchir, sentir et s'exprimer sans embarras extérieur ; recherchant dans son être intérieur un refuge contre les agressions d'autrui.

L'aspect de la non-élimination des positions juridiques a un rapport avec l'enquête que l'on réalise au sujet de la délimitation de son point essentiel. Il n'existe pas de controverse doctrinaire au sujet de l'impossibilité d'extinction de ce droit fondamental, d'ailleurs parce qu'il est protégé par une « *cláusula pétrea* » (« clause immuable ») (art.60, § 4°, IV CF)⁷²⁴.

Quant à la faculté de ne pas jouir de positions prévues dans la norme, un tel problème tourne autour de la possibilité de renoncement à un droit fondamental. Comme l'enseigne Jorge Miranda, les droits fondamentaux sont en principe irrénonciables car ils sont basés sur le principe fondamental de la dignité de la personne humaine. Cela, cependant, n'interdit pas qu'on établisse une limite temporaire dans son exercice ou une auto-restriction, sans affecter le point essentiel du droit fondamental. Dans ce contexte, le citoyen a la liberté de ne pas s'arroger la détention d'un droit fondamental, car il découle toujours un côté positif et un côté négatif d'une telle attribution, ce qui retire l'obligation de son exercice selon le critère du propre titulaire.

En tant que droit de défense, le droit à la vie privée offre à son titulaire les droits subjectifs suivants : la prétention d'abstention et la prétention de considération. En accord avec le premier, on demande la non intromission du pouvoir public et des autres

⁷²¹ Article 5°, IV de la CF.

⁷²² Article 5°, VI de la CF.

⁷²³ Article 5°, IX de la CF.

⁷²⁴ « Art.60. §4°- Ne sera pas objet de délibération la proposition d'amendement tendant à abolir : I- l'aspect fédératif de l'État ; II- le vote direct, secret, universel et ponctuel ; III- la séparation des Pouvoirs ; IV- les droits et les garanties individuelles ».

particuliers dans son intimité et dans sa vie privée, comme on l'a déjà exposé ; en accord avec le second, on exige du Judiciaire et du Législatif la considération du droit à la vie privée dans l'éventualité que celui-ci entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux ou d'autres valeurs protégées constitutionnellement. Dans ce sens, le pouvoir public doit agir de forme positive, non seulement à travers la normalisation et la fiscalisation des entreprises téléphoniques, mais spécialement dans la garantie effective de cette protection dans les cas concrets, parce que le citoyen-client-utilisateur de ces services se sent aussi impuissant face à la complexité fonctionnelle de ces entreprises comme il se sentirait devant la machine d'État⁷²⁵.

Enfin, on relèvera que, même si le droit à la vie privée protège l'individu face à des interférences inappropriées dans sa sphère personnelle, il n'arrive pas à empêcher de forme absolue une telle intervention, car, les présupposés de nature matérielle ou de procédure étant présents, l'intromission de l'État et des autres particuliers sera autorisée⁷²⁶.

En conclusion, le droit à la vie privée, en tant qu'expression du dénommé statut négatif de Jellinek et du droit de défense, offre à son titulaire la garantie devant l'État et les autres concitoyens de seulement pouvoir intervenir dans la vie privée d'autrui dans les strictes limites de la Constitution, ou autrement dit, dans le cas d'une prévision d'une restriction expresse ou implicite au précepte fondamental. C'est le cas de l'exercice de ce droit par l'employé dans le cadre des rapports de travail, selon la jurisprudence et la doctrine en vigueur dans le pays, qui défend que ce droit se heurte à une restriction exprimée dans la constitution fédérale : le droit fondamental de propriété de l'employeur.

§ 2^o Le droit à la propriété en droit brésilien

En évaluant les affaires comportant de possibles offenses au droit à la vie privée des employés, la jurisprudence entend qu'il existe, dans de tels cas, une collision entre ce droit et le droit à la propriété privée de l'employeur, recherchant une solution, au

⁷²⁵ Dans ce sens, Canotilho, *Estudo sobre direitos fundamentais*, 163-167. Dans la jurisprudence brésilienne, citons : STF, HC71373-RS, José Antônio Gomes Pinheiro Machado, 10/11/1994.

⁷²⁶ De là la prévision expresse de la possibilité de violation de la vie privée domiciliaire et de la vie privée des communications, à partir du moment où les présupposés prévus dans les divisions XI et XII de l'art.5^o de la CF seront déférés ; cela ayant été le dernier acte réglementé par la Loi n° 9.296149, du 24 juillet 1996, actuellement en phase de révision au Ministère de la Justice.

cas par cas, à partir de la technique de pondération. Mais comment faut-il comprendre le droit à la propriété privée dans le droit brésilien ?

Le droit de propriété a été l'objet de transformations dans le droit brésilien, à partir de ce que l'on a appelé le néo-constitutionnalisme post-1988. Étant une matière traditionnellement attribuée à l'intérêt du droit privé, l'étude de la propriété privée acquiert de l'importance dans le droit public brésilien, qui modifie son contenu, pour y inclure l'aspect de la « fonction sociale », e'est à dire, malgré le fait que le droit de propriété soit déjà depuis longtemps l'objet d'une disposition constitutionnelle, la Constitution de 1988, en le garantissant, a apporté une référence inédite : la fonction sociale de la propriété⁷²⁷.

À l'art. 5^o XXII, il est stipulé que la propriété doit répondre à sa fonction sociale : « le droit de propriété est garanti ; la propriété satisfera à sa fonction sociale ». D'ailleurs, en énumérant les principes de l'ordre économique, l'homme de la Constitution décide en ces termes : « l'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail et sur la libre initiative, a pour finalité d'assurer à tous une existence digne, conforme aux règles de la justice sociale, les principes suivants étant observés : la propriété privée ; la fonction

⁷²⁷ Les Constitutions de 1824, dans son art. 179, et de 1891, dans son art.72, se sont limitées à déclarer comme garantie le droit de propriété dans toute sa plénitude, mise à part l'hypothèse de désappropriation pour nécessité ou utilité sociale, faisant silence sur une quelconque limite au droit de propriété en général, comme le préconisait l'individualisme libéral et bourgeois. Avec la Constitution de 1934 est apparue pour la première fois, de forme explicite, une référence à l'activité du propriétaire. Dans l'art. 113, on a décrété la garantie du droit de propriété, mais qui ne pourrait pas être pratiqué contre l'intérêt social ou collectif. Cela constituait seulement une limite qui ne pourrait pas être pratiqué contre l'intérêt social ou collectif. Cela constituait seulement une limite négative. Elle prévoyait, en dehors de la désappropriation pour nécessité ou utilité publique, de la retenue usucapion et de l'occupation temporaire d'une propriété privée, également le dirigisme économique. La Constitution de 1937, à l'art.122, a garanti le droit de propriété, laissant à la loi ordinaire la responsabilité de définir son contenu et ses limites. Quant à l'interventionnisme d'État dans le domaine économique, elle ne l'admet qu'exceptionnellement, c'est à dire, pour remédier aux déficiences de l'initiative individuelle et coordonner les facteurs de production, dans l'intérêt de la nation. Elle admettait l'usucapion par le travail, reproduisant une disposition de la Charte de 1934. La Constitution de 1946, malgré le fait qu'elle ait reproduit de nombreuses dispositions antérieures, est innovante par certains aspects. Par rapport à la propriété, l'art.141, §16, a tranché que le droit de propriété était garanti, sauf en cas de désappropriation par nécessité ou utilité publique, ou bien par intérêt social, en échange d'une juste indemnisation préalable en liquide. La désappropriation fut ainsi introduite dans un intérêt social, inspirée par le concept de propriété comme étant sociale. Tandis qu'au chapitre qui se réfère à l'ordre économique et social, à l'art. 147, il est resté en registre que l'utilisation de la propriété est conditionnée au bien-être social et que la loi pourrait promouvoir la juste distribution de la propriété à chance égale pour tous. Le conditionnement de l'utilisation de la propriété en faveur du bien-être social était la reconnaissance du principe de la fonction sociale de la propriété. Malgré le caractère programmatique des dispositifs, l'intervention dans le domaine privé au bénéfice de toute la société et pour conditionner l'exercice du droit de propriété pour des fins sociales était autorisé. À partir de ce moment certains diplômes assumaient le contrôle de mécanismes juridiques d'instrumentalisation du principe de la fonction sociale de la propriété, à l'exemple de la loi n° 4.132/62, qui réglementait les hypothèses de désappropriation par intérêt social comme forme de promouvoir la juste distribution de la propriété ou de conditionner son utilisation pour le bien-être social.

sociale de la propriété⁷²⁸ ».

De ces dispositifs, on retire ce qui s'est agrégé au droit de propriété le devoir juridique d'agir en vue de l'intérêt collectif, autrement dit, le droit subjectif du propriétaire particulier a été soumis à l'intérêt commun, imprimant en lui l'exercice d'une *fonction sociale*⁷²⁹, tournée vers l'intérêt collectif⁷³⁰.

On admet donc actuellement que « les pouvoirs du titulaire d'un droit subjectif sont conditionnés par la fonction respective, et par la catégorie du droit subjectif, vu qu'étant historique et contingente comme toutes les catégories juridiques, elle n'est plus revêtue du « mythe jusnaturaliste » qu'elle recouvrait dans la codification du dix-huitième, d'où elle fut levée vers le statut de réalité ontologique, la sphère juridique de la souveraineté de l'individu⁷³¹ ». En conséquence, le droit subjectif de contracter et la forme de son exercice sont aussi affectés par la fonctionnalisation, qui indique l'attribution « d'un pouvoir ayant en vue une certaine finalité ou l'attribution d'un pouvoir qui se transforme en devoir, puisque concédé pour la satisfaction d'intérêts non seulement propres ou individuels, pouvant aussi atteindre la sphère des intérêts des autres⁷³² ». En raison de la disposition constitutionnelle imposant que la propriété privée doit atteindre ses fins sociales, l'individualisme semble n'être plus l'unique élément fondateur de la notion de propriété privée⁷³³, car la fonction sociale fait désormais partie intégrante de son contenu⁷³⁴.

⁷²⁸ Article 170, II et III de la CF.

⁷²⁹ Pour Silva, la prévision constitutionnelle de l'observance d'une fonction sociale « transforme la propriété capitaliste, sans la socialiser. Elle la conditionne comme à un tout, pas seulement son exercice, ce qui permet au législateur de comprendre comment avec les modes d'acquisition en général, ou avec certains types de propriété, avec son utilisation, sa jouissance et sa disposition [...] il a introduit, dans la sphère interne du droit de propriété un intérêt qui peut ne pas coïncider avec celui du propriétaire et qui, de toute façon, lui est étrange. » Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 286.

José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, (São Paulo : Malheiros, 2013), 264.

⁷³⁰ « L'introduction du concept de fonction sociale dans le système qui reconnaît et garantit la propriété privée implique le dépassement de contre-position entre le public et le privé, c'est à dire, il implique l'évolution de la propriété vers un sens social, dans une véritable métamorphose qualitative du droit dans sa réalisation concrète, destinée à satisfaire des exigences de caractère social. Ainsi, la propriété est désormais vue depuis une perspective communautaire, non plus sous une vision individualiste. » Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limites ao direito de propriedade*, p.55.

⁷³¹ Judith Martins Costa, *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*, In *Diretrizes do novo código civil* (São Paulo : Saraiva, 2002), 158.

⁷³² Judith Martins Costa, *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*, 158.

⁷³³ Dans ce sens, Pedro Escribano Collado cité par Silva « bien que prévue d'être parmi les droits individuels, la propriété privée ne pourra plus être considérée un pur droit individuel, son concept et sa signification en étant relativisés, spécialement parce que les principes de l'ordre économique sont pré-ordonnés à la mesure de la réalisation de sa fin : assurer à tous une existence digne, conformément aux règles de la justice sociale. » Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 262-263.

⁷³⁴ « 1) dans la perspective du droit naturel, où les principes sont pris comme des axiomes juridiques fondés sur une idée du bien. Cette conception a été durement touchée par l'ascension du positivisme, spécialement avec l'arrivée du processus moderne de codification et avec l'école de l'exégèse ; 2) dans la perspective du

L'entreprise, en tant que propriété privée, doit, en conséquence, également, atteindre ses objectifs sociaux⁷³⁵. Au sujet de la concrétisation de la fonction sociale de la propriété dans l'entreprise, Matias commente que « comme principe juridique, venant des principes de solidarité sociale et de la fonction sociale de la propriété, la fonctionnalité de l'entreprise obéit aux finalités d'interprétation et d'intégration de l'ordonnance, remplissant les lacunes et offrant des standards dans le but d'extraire la réelle signification des règles.[...] sa concrétion est adaptée aux singularités de la situation factuelle, dans un jugement interprétatif balisé par les aspects téléologiques, ce qui a conduit les tribunaux du pays à se servir du principe de la fonction sociale de l'entreprise pour: éviter le dépôt judiciaire de valeurs de la société; éloigner la faillite comme moyen de collecte ; permettre qu'un bien mis en gage essentiel pour la société soit destitué par un autre bien ; garantir le plein exercice de l'activité de l'entreprise; rendre efficace la récupération judiciaire de l'entreprise; transformer la demande de dissolution totale de la société en dissolution partielle, éloigner la prévalence d'intérêts personnels des actionnaires et préserver l'intérêt social dans la maintenance de l'entreprise; pour la reconnaissance d'une protection du travailleur et dans le but de fixer une valeur raisonnable du loyer commercial dans le renouvellement du contrat de location.[...] L'application du principe est très étendue et diversifiée, ce qui permet de mettre en oeuvre de nouvelles valeurs dans les rapports juridiques⁷³⁶ ».

Ainsi, la propriété a tendance à traduire un rapport entre le sujet et le bien

positivisme légaliste, où les principes sont pris uniquement comme source subsidiaire, remplissant seulement une fonction d'intégration ou de programmation. Cette conception s'est transformée dans la majeure partie des XIX et XX siècles et a liquidé la fonction normative des principes ; et 3) dans la perspective du post-positivisme, où les principes sont appréhendés comme une force normative autonome et prépondérante, remplissant le rôle de fondation de l'édifice juridique. Cette conception a repris du souffle dans la deuxième moitié du XX siècle et apparaît déjà comme étant la principale pensée pour le soutien de l'ordre juridique constitutionnel du siècle nouveau. Avec le post-positivisme, on cherche à dépasser l'antithèse classique droit naturel/ droit positif à travers la conjugaison entre force normative et force axiologique, ce qui est réalisé, exactement, à travers les principes. » José Ricardo Cunha, "Sistema aberto e princípios na ordem jurídica na metódica constitucional," in *Os princípios da Constituição de 1988* (Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006), 36.

⁷³⁵ « sachant que l'entreprise est une organisation économique au service du développement national, craint que l'application de la règle de l'article 421 du CC pour les contrats d'entreprises- dans la majeure partie des cas représentés par des opérations de longue durée et une exécution continue, des contrats incomplets d'économistes et dont les lacunes devraient être comblées afin que la distribution des risques soit adaptée- vienne, par force de l'intervention de magistrats, lesquels, par règle, ne détiennent pas d'information complète sur l'opération, générer des effets de second ordre. Cette préoccupation est réelle, concrète, et a des fondements empiriques suffisants pour inquiéter. » Rachel Sztajn, *Função social do contrato e direito da empresa Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo : Malheiros, n 139, 2005.

⁷³⁶ João Luis Nogueira Matias, *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*, 89-91.

dont l'exercice au bénéfice de la société présente un intérêt public notable, traduisant un droit-moyen, et non pas un droit-fin, n'étant pas une garantie en soi-même, se justifiant uniquement comme instrument de faisabilité de valeurs fondamentales, parmi lesquelles se distingue celle de la dignité de la personne humaine⁷³⁷. La propriété inclut, dans son contenu et sa portée, en dehors du traditionnel droit d'utilisation, la jouissance et la disposition de la part de son titulaire (droit-garantie)⁷³⁸, l'obligation de disponibilité de sa fonction sociale, dont la définition est inséparable de la condition obligatoire de l'utilisation rationnelle de la propriété et des ressources environnementales qui l'intègrent⁷³⁹. Le propriétaire (une personne physique ou juridique, celle-ci étant du droit public ou privé), en tant que membre à part entière de la communauté, est sujet à de croissantes obligations qui, dépassant les limites du droit du voisinage, dans le domaine du droit privé, incluent le champ des droits de la collectivité, visant le bien-être général, dans le domaine du droit privé⁷⁴⁰.

L'expression fonction sociale semble être une idée opérationnelle, imposant au propriétaire non seulement des conduites négatives (l'abstention, comment préserver le sol de la contamination), mais également positives (des obligations de faire, comme celle de parcelliser un terrain de sa propriété)⁷⁴¹. La protection constitutionnelle de

⁷³⁷ Sur la question, voir : Cristiane Derani. "A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social". *Revista de Direito Ambiental*. 2 (2002), 27. Encore: Guilherme José Purvin Figueiredo, *A propriedade no direito ambiental*, (Rio de Janeiro : Adcoas, 2004), 82-85.

⁷³⁸ On remarquera que cela ne signifie pas que la propriété ait été bannie et encore moins que toute et n'importe quelle propriété doive correspondre à sa fonction sociale. Même si sa caractéristique individualiste a été relativisée, il n'est pas possible de l'ignorer. La doctrine, en conséquence, a l'habitude de faire la différence entre la propriété ayant une fonction individuelle et la propriété ayant une fonction sociale. La première se justifie en tant que protectrice de l'individu et de sa famille face aux nécessités de la propre subsistance, de sorte qu'elle apparaît comme étant un simple droit individuel. La seconde se justifie de par sa fin, dans son insertion à l'intérieur d'une collectivité donnée. Voir, par exemple, Eros R. Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, (São Paulo: Malheiros, 2012), 251-254.

⁷³⁹ « La propriété constitue un droit et une charge, la propriété oblige. » Ricardo Aronne, *Propriedade e Domínio : reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais*, (Rio de Janeiro : Renovar, 1999), 185.

⁷⁴⁰ En exposant que, devant le nouveau contenu de la propriété, le droit de propriété se trouve dans le champ du Droit Public, car le régime qui lui est appliqué est tracé dans la Constitution Fédérale, et en défendant qu'il revienne uniquement au Droit Civil le contrôle des relations intersubjectives entre particuliers au sujet de la propriété, voir José Marcelo Ferreira Costa, *Licenças urbanísticas* (Belo Horizonte: Fórum, 2004), 55-56. Dans le même sens : Celso Antônio Bandeira de Mello, "Novos aspectos da função da propriedade no Direito Público," *Revista de Direito Público*, 84 (1984), 39-45. Également: Adilson Abreu Dallari, *Perspectivas do Direito Público*, (Belo Horizonte : Del Rey, 1995) 101.

⁷⁴¹ Partageant cette idée, Álvaro Luiz Valery Mirra mentionne que « la fonction socio-environnementale ne constitue pas une simple limite à l'exercice du droit de propriété, à travers laquelle le propriétaire peut faire tout ce qui ne porte pas préjudice à la collectivité et à l'environnement. La fonction socio- environnementale va plus loin et autorise qu'il soit imposé au propriétaire des comportements positifs, dans l'exercice de son droit, afin que sa propriété s'ajuste concrètement à sa fonction. » Álvaro Valery Mirra, "Princípios fundamentais de direito ambiental," *Revista de Direito Ambiental*, 2 (1996), 94. Encore, Cristiane Derani affirme qu' « au précepte juridique qui garantit l'exercice du rapport de propriété (art.5º, XXII de la CF) est ajoutée la détermination juridique de l'obligation de faire. » Derani, *A propriedade na Constituição de*

l'art.170 de la Constitution conditionne l'exercice du droit de propriété à la justice sociale, en faisant que ce droit dûment exercé serve d'instrument pour la réalisation de la finalité d'assurer à tous une existence digne⁷⁴².

Cette nouvelle notion de propriété a été bien explorée par la jurisprudence en matière de droit du travail, particulièrement pour imposer désormais les limites de l'exercice du pouvoir de l'employeur, consacrant sa nature de « droit-fonction⁷⁴³ ».

Dans cet aspect, la jurisprudence ne fait pas de distinction entre la propriété de biens de consommation (qui sont liés à la fin du processus de production) et la propriété des biens de production pour des effets d'intégration de l'objet de la protection constitutionnelle, offerte par l'art. 5º, XXII⁷⁴⁴ ». Ainsi, la fonction sociale ne se limite pas au seul lien du destin productif du bien : tous les moyens de production appartenants à l'employeur qui se matérialisent dans l'entreprise, dans l'établissement, dans l'immeuble où est localisé l'établissement, dans les biens qui composent cet établissement (tels que les machines, le mobilier), dans le mode de production, dans les inventions, dans les stratégies de comportement dans le marché, dans le produit, dans le travail, conditionnent et sont conditionnés par leur fonction sociale⁷⁴⁵.

Pour cette raison, on impose au propriétaire - ou à celui détenant le pouvoir

1988, 61. À la même ligne : Grau, *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 111.

⁷⁴² Grau, *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, (São Paulo: Malheiros, 2012), 257.

⁷⁴³ « L'exercice de l'activité économique, légitimé dans un système capitaliste de production, est conditionné par l'art.170 de la Constitution Fédérale à l'observance des principes énumérés en lui, entre lesquels sont inclus la valorisation du travail humain, une existence digne, en accord avec la justice sociale et la fonction sociale de la propriété, ce dernier parfaitement compris comme fonction sociale de l'entreprise, le principe de la fonction sociale de la propriété impose au propriétaire- ou à celui qui détient le pouvoir de contrôle, dans l'entreprise- le devoir de l'exercer au bénéfice d'un autre et non, seulement, de ne pas l'exercer au préjudice d'un autre. Cela signifie que la fonction sociale de la propriété agit comme source d'imposition de comportements positifs- une démonstration de faire, donc, et pas seulement de non faire- sur le détenteur du pouvoir laquelle découle de la propriété. [...] Le principe de la fonction sociale de la propriété, de cette manière, intègre ainsi le concept juridico-positif de propriété [...], de manière à déterminer de profondes altérations structurelles dans son intériorité. [...] De plus, quant à l'inclusion du principe de garantie de la propriété privée des moyens de production entre les principes de l'ordre économique, on comptera sur la faculté de ne pas les endommager par la fonction sociale- une étroite connivence entre les subdivisions II et III de l'art. 170- mais, en plus de cela, de soumettre l'exercice de cette propriété aux règles de la justice sociale et de transformer ce même exercice en vue de la réalisation de la finalité d'assurer à tous une existence digne. On perçoit, clairement, l'autorisation également conférée au juge pour, au nom de ces principes, limiter l'exercice des droits inhérents à la propriété au cas où ils en seraient en désaccord, en vertu du fait de leur avoir assuré une légitimité. » TST, RR:14210057220125170131, Cláudio Mascarenhas Brandão, 11/10/2017.

⁷⁴⁴ TST, RR1043005220085150143 Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 02/05/2012. TRT-3, RO00877201203703002, Heriberto de Castro, 18/12/2012.

⁷⁴⁵ Dans ce sens, Mello : « On peut également attribuer un autre contenu à l'expression fonction sociale de la propriété, lié à des objectifs de Justice Sociale; on peut le dire, responsabilisé par le projet d'une société plus égalitaire ou moins déséquilibrée- comme c'est le cas du Brésil- dans lequel l'accès à la propriété et son utilisation soient orientés dans le sens de proportionner une amplification du champ d'opportunités pour tous les citoyens indépendamment de l'utilisation productive éventuellement déjà en œuvre. » Mello, *Novos aspectos da função social da propriedade*, 44.

du travail, dans l'entreprise - le pouvoir de l'exercer au bénéfice des autres, et non seulement celui de ne pas l'exercer au préjudice des autres. Cela signifie que la fonction sociale de la propriété fonctionne comme une source d'inspiration de comportements positifs- acceptation de faire, en somme, et non, simplement de ne pas faire- pour le détenteur du pouvoir qui émane de la propriété⁷⁴⁶.

C'est pour ce motif que prédomine la compréhension qui classe le pouvoir de l'employeur comme un droit-fonction⁷⁴⁷. Cela parce que, étant donné qu'il est basé sur le contrat de travail, et dans le droit de propriété de l'employeur, il doit être limité pour réaliser sa fonction sociale. Ses limites sont données, au cas par cas, par la jurisprudence, sur la base de la technique de la pondération.

Ainsi, dans les divers cas où elle est conduite à apprécier le droit à la propriété privée de l'employeur à des fins d'application de la technique de la pondération, la jurisprudence a utilisé cette notion de fonction sociale, soit, par exemple, pour justifier des cas où elle comprend que la motivation de la décision du patron est nécessaire à la rupture du contrat⁷⁴⁸ ; soit quand il interdit à l'employeur d'exercer ses pouvoirs, de promouvoir des exigences excessives venant à mettre en danger la santé et la vie de l'employé⁷⁴⁹ ; soit pour interdire une méthode de gestion pour injures⁷⁵⁰ ; soit pour

⁷⁴⁶ Grau, *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 255.

⁷⁴⁷ Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 1232.

⁷⁴⁸ « Bien que le licenciement abusif de l'employé prédomine encore chez nous, comme une manifestation du pouvoir directeur de l'employeur dans l'administration de l'entreprise, donnant le frisson à cause de ce que décide, expressément, l'art. 7, I, c/c 5°, § 1°, les deux de la CRFB/88, actuellement, la dénonciation sans preuves et unilatérale du contrat de travail par l'employeur doit être comprise à la lumière des droits fondamentaux. Dans ce sens, le pouvoir de l'employeur de résilier le contrat de travail, unilatéral et sans motif juste, aujourd'hui, trouve des limitations dans les principes constitutionnels de la dignité de la personne humaine, de la valeur sociale du travail, de la fonction sociale de la propriété et du contrat (arts. 1°, III et IV, c/c 170, III, les deux venant de la Constitution de la République c/c 421 du Code Civil), comme également dans la théorie qui interdit l'exercice juridique dysfonctionnel (art. 187 du CC) et dans le principe de la bonne foi objective, consacré dans les arts. 113 et 422 du CC. » TRT-1, RO00100346820145010041, Rogério Lucas Martins, 03/02/2016.

⁷⁴⁹ TST, RR284001020055180006, José Roberto Freire Pimenta, 26/08/2011.

⁷⁵⁰ « Quoique cela ne configure pas de harcèlement moral, vu qu'un cas de confinement est absent, le caractère constant des agressions pratiquées par l'entreprise, dans la personne de son titulaire, caractérise une méthode de gestion sur la base d'injures, qu'il importe aussi d'indemniser pour préjudice moral. Le fait que le traitement despotique soit dirigé à plusieurs employés caractérise une tyrannie d'employeur incompatible avec la dignité de la personne humaine, avec la valorisation du travail et avec la fonction sociale de la propriété, assurées par la Constitution Fédérale (art. 1°, III et IV, art. 5°, XIII, art. 170). Le travailleur est sujet et non objet du rapport contractuel, et a le droit de préserver son intégrité physique, intellectuelle et morale, face au pouvoir directeur de l'employeur. La subordination dans le contrat de travail ne comprend pas la personne de l'employé, mais uniquement son activité de travail, celle-ci de fait soumise de forme limitée et sous réserves, au jus variandi. Il a été prouvé dans les actes que le comportement de la supérieure hiérarchique de l'auteure était habituellement incontrôlé et irrespectueux avec l'ouvrière, étant démontré qu'il la soumettait à des réprimandes injurieuses et humiliantes, la traitant en public de « vagabonde », et en lui criant dessus devant tous. Avec cela se configurait un grave attentat à la dignité du travailleur, rendant possible une indemnisation pour préjudice moral (art. 5° V et X, CF ; 186 et 927 du Code

justifier des mesures de protection à la maternité dans le lieu de travail⁷⁵¹ ; mais, en particulier, dans les cas où l'ajustement se bénéficie de l'exercice herméneutique de la pondération pour trouver une solution à la collision, du droit à la propriété avec le droit à la vie privée des employés.

Section II : Les solutions jurisprudentielles sur le conflit entre la vie privée et la propriété privée dans le milieu du travail

Malgré le fait qu'on reconnaisse l'existence d'une tutelle générale de la vie privée du travailleur, la jurisprudence admet unanimement que l'employé possède un droit restreint à la vie privée dans son milieu de travail, puisqu'il est même possible

civil), ce qui ne peut être toléré car attentatoire à la dignité de la travailleuse. Indemnisation due. » TRT-2, RO000119305020125020067, Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 18/08/2015.

⁷⁵¹ « La protection constitutionnelle de la maternité doit être prise en charge par toute la société et se manifeste également dans la fonction sociale de l'entreprise. Quand le constituant a établi que l'ordre économique doit être attentif au principe de la fonction sociale de la propriété (art.170, III), il a porté atteinte à l'entreprise qui est l'une des unités économiques la plus importante dans l'actuel système capitaliste. Dans cette direction, Enzo Roppo observe, avec justesse, que le processus économique actuel est déterminé et impulsé par l'entreprise, et non plus par la propriété dans sa signification classique. En scannant la diction du dispositif constitutionnel mentionné, ce qui mérite le plus d'être noté, cependant, est le fait que le principe de la fonction sociale de la propriété impose au propriétaire- ou à quiconque détient le pouvoir de contrôle, dans l'entreprise- le devoir de l'exercer au bénéfice des autres et non, seulement, de ne pas l'exercer au préjudice des autres. Cela signifie que la fonction sociale de la propriété agit comme source d'imposition de comportements positifs- disposition de faire, donc, et non, seulement, de ne pas faire- au détenteur du pouvoir qui découle de la propriété-. Sans aucun doute, cette imposition de comportement positif au titulaire de l'entreprise, quand elle se manifeste dans la sphère du travail, signifie un acte en faveur des employés, ce qui, dans la pratique, est représenté par la valorisation du travailleur, à travers un environnement sain, un salaire juste et, principalement, par un traitement qui élève sa dignité en tant qu'être humain (arts. 1°, 3°, 6°, 170 et 193, tous de la CF). Face à la stature constitutionnelle de la garantie, la stabilité de la femme enceinte maintient plus d'affinité avec le nord présent dans la seconde partie du Résumé 371/TST, qui a incorporé la directive de la OJ 135 de teneur suivante: - les effets de la dispense se concrétisent seulement une fois que le bénéfice de la Sécurité Sociale ait expiré, le fait qu'il ait été concédé durant la période de préavis devient dans ce cas sans importance vu que le contrat de travail était encore en vigueur-. On considère invraisemblable l'exégèse restrictive de norme constitutionnelle qui garantit, de forme ample, aux employées enceintes le maintien de l'emploi et la conséquente licence, quand le bien gardé, en dernier cas, est la propre vie de l'enfant qui va naître. Bien que la grossesse ne soit pas une pathologie, la travailleuse enceinte montre la même fragilité au travail qui est visible parmi les employés affectés d'une maladie, les chances d'obtenir un nouvel emploi pendant la période que durera l'état de grossesse et la période du début de l'allaitement étant minimales- laquelle, non par hasard, coïncide avec la durée de garantie de l'emploi. 9. Si l'on considère la permanence du contrat de travail dans les délais du préavis, la dignité de la personne humaine, la fonction sociale de l'entreprise, la protection de la maternité et la règle inscrite dans l'art. 10, II, b, de l'ADCT, l'interprétation régionale allant dans le sens de la portée de la garantie de l'emploi pour l'employée qui tombe enceinte pendant la période de préavis indemnisé est raisonnable. » TST, RR22112211/2017-202-04-00.9, Rosa Maria Weber, 11/11/2009.

d'admettre la limitation des droits de la personnalité dans des situations spécifiques et autorisées par la loi. La défense de la concrétisation de la vie privée dans le milieu du travail ne déconsidère pas l'existence de situations pouvant conduire à une limitation de l'exercice de ce droit.

Le premier aspect devant être considéré est au sujet du fait de ne pas pouvoir confier au travailleur, dans son ambiance de travail, le même niveau de liberté qu'il possède chez lui ou parmi ses relations personnelles. On ne peut nier le fait que l'employé, étant inséré dans la structure de l'entreprise, avec son activité subordonnée à l'employeur par la force du contrat de travail, n'est pas libre de faire ce qu'il veut⁷⁵².

La seconde considération devant être émise est sur le fait que l'employé, en mettant sa force de travail à la disposition de l'employeur, perd de ce fait aussi son autonomie, comme il ne peut s'empêcher de réaliser des déterminations entrepreneuriales sortant des limites légales. La relation contractuelle implique, par elle-même, une forme d'auto-restriction du droit par les parties. Dans le contrat de travail, en raison de sa caractéristique d'adhésion, cette restriction est encore plus évidente⁷⁵³.

Le troisième point devant être relevé consiste dans le fait sans égal que l'exercice des droits fondamentaux du travailleur trouve des limites naturelles provenant de l'existence et de l'éventuelle collision de ceux-ci avec les droits fondamentaux de tiers en général, des collègues et, en accord avec la situation, du propre employeur, qui peuvent être appliquées, au cas par cas par la jurisprudence, pour résoudre ces conflits de droits fondamentaux, la technique de la pondération, à la condition qu'elle préserve son noyau essentiel⁷⁵⁴.

De fait, en dehors du respect aux ordres émanants de l'exercice du pouvoir de direction de l'entrepreneur, le travailleur doit aussi respecter la liberté de ses collègues de travail, ayant, en conséquence, une limite naturelle à ce droit fondamental. Pour ce qui

⁷⁵² Par exemple, si l'employé chez lui est libre d'utiliser (ou non) les vêtements selon sa volonté, dans l'entreprise cette volonté n'existe pas, car il y a, au minimum, l'obligation implicite d'utiliser des vêtements en accord avec le contexte du travail. TST, RR2114005320095090093, Augusto César Leite de Carvalho, 22/02/2013.

⁷⁵³ En suivant ce raisonnement, Roberto Vieira de Almeida Rezende considère que, « malgré le fait que le contrat de travail doit toujours être analysé sous la perspective d'une hypo-suffisance du travailleur, on ne peut nier que, en le signant, le travailleur pratique un acte d'auto-restriction, mettant à disposition de l'employeur non seulement sa force de travail, comme également une partie de sa liberté d'autonomie d'action. Et il conclut que s'il n'en était pas ainsi, on ne pourrait même pas imaginer l'aspect du contrat. » Roberto Vieira de Almeida Rezende, "Delineamento constitucional do poder diretivo". (Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004), 190.

⁷⁵⁴ Sur le noyau essentiel des droits fondamentaux, vérifier, dans la jurisprudence, STF, RE18.331, Orosimbo Nonato, 05/05/76. STF, ADI1.158-AM, Celso de Mello, 20/04/1999. Dans la doctrine, pour tous, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 132.

est de la garantie de l'exercice des droits fondamentaux de l'employeur, des collègues de travail et de tiers, il est important de relever qu'il existe des situations dans lesquelles la vie privée du travailleur et les normes d'égalité ou supérieure position hiérarchique s'opposent et se contrapotent⁷⁵⁵.

À titre d'exemple, dans le droit interne étranger, le *Statut dei lavoratori* d'Italie interdit les fouilles personnelles, sauf dans les actes publics pour lesquels ils sont indispensables pour la protection des biens de l'entreprise par rapport à la qualité des outils de travail, des matières premières ou des produits. Dans ces cas, l'article impose que les fouilles devront être faites à la sortie du travail, au moyen de l'application de systèmes de sélection automatique à la collectivité ou aux groupes d'employés et en respectant la dignité et la vie privée des employés⁷⁵⁶.

Les hypothèses et conditions dans lesquelles une fouille personnelle sera permise, comme également les modalités correspondantes devront être décidées entre l'employeur et le représentant syndical ou, à défaut, par la commission interne. L'article 18 du *Estatuto de Los Trabajadores* d'Espagne⁷⁵⁷ évoque la fouille de la personne du travailleur, de son armoire et objets personnels. Le dispositif légal prévoit que la fouille est uniquement justifiée quand elle vise à sauvegarder le patrimoine de l'entreprise et de ses travailleurs, objectant que, pour cela, elle devra être réalisée durant l'horaire de travail, en respectant au maximum la dignité et la vie privée de l'employé, en dehors du fait d'être faite en présence d'un représentant légal des travailleurs ou en cas d'absence, en présence

⁷⁵⁵ Nous avons cité comme exemple le droit à la vie, à la santé, qui même étant des droits personnalisés, possèdent une plus grande valeur pour la propre existence de l'homme. Dans ces situations, il serait impossible d'admettre la supériorité absolue de la vie privée du travailleur au détriment du droit à la vie ou à la sécurité de tous et des autres personnes qui côtoient le travailleur en raison de l'exécution du contrat de travail.

⁷⁵⁶ « Art. 6 1. Les fouilles personnelles sur la personne du travailleur sont interdites, sauf pour des cas indispensables visant la protection des actifs de l'entreprise, par rapport à la qualité des outils de travail ou des matières premières ou des produits. 2. Dans ces cas, les visites personnelles peuvent être faites seulement à condition qu'elles soient réalisées à la sortie du lieu de travail, devant lesquelles la dignité et la confidentialité du travailleur sont sauvegardées et qui se font avec l'application de systèmes de sélection automatique annoncés à la communauté ou aux groupes de travailleurs. 3. Les hypothèses dans lesquelles des fouilles personnelles peuvent être organisées, comme également, en accord avec les conditions établies dans le second paragraphe de cet article, les modalités relatives doivent être négociées par l'employeur avec les représentants syndicaux de l'entreprise, en leur absence, avec la commission interne. S'il n'y a pas d'accord, à la demande de l'employeur, l'Inspection du Travail en fournira. 4. Contre les dispositions de l'Inspection du Travail évoquées au paragraphe antérieur, l'employeur du travail, les représentants syndicaux de l'entreprise ou, en leur absence, la commission interne ou les syndicats des travailleurs évoqués à l'article 19 en bas peut l'appliquer, dans le délai de 30 jours à partir de la communication de la disposition, au Ministre du Travail et de la Sécurité Sociale. »

⁷⁵⁷ « Art. 18.1 CE : Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à la propre image seront garantis. »

d'un autre travailleur⁷⁵⁸.

Malgré l'omission du Code du Travail du Portugal sur le sujet, la doctrine lusitanienne comprend qu'il est possible d'effectuer une fouille quand celle-ci est le seul moyen capable de protéger les travailleurs et le patrimoine de l'entreprise⁷⁵⁹.

Comme nous l'avons vu, non seulement les contours du pouvoir du travail ne sont pas très bien définis dans la législation brésilienne, laissant une marge à la pratique d'abus, comme il n'y a pas non plus dans le monde du travail de lois consistantes traitant de la vie privée du travailleur, appliquant de façon subsidiaire l'article également partiel XX du Code Civil ou le droit général de personnalité fondé dans la constitution.

Étant donné ce manque de cadre légal, les tribunaux du travail ont cherché à appliquer des critères de pondération dans le but de limiter le pouvoir de direction de l'employeur quand celui-ci heurte les droits de la personnalité de l'employé, notamment le droit à la vie privée.

Les protections constitutionnelles spécifiques pour la tutelle des droits de la personnalité étant inexistantes, la jurisprudence se sert de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux et de la technique de la pondération pour installer ses repères. C'est ainsi qu'une limite au pouvoir du travail dans le droit du travail brésilien sera établie, en examinant, donc, le cas par cas.

Nous allons étudier les limites à l'exercice des pouvoirs de l'employeur imposés au cas par cas par la jurisprudence ayant en compte le droit à la vie privée des salariés (§ 1^o : *Les limites imposés au cas par cas à l'exercice du pouvoir de l'employeur face au droit à la vie privée par la jurisprudence*) pour, ensuite, démontrer les problèmes existants dans ce modèle lesquels empêchent l'effectivité de la protection à la vie privée, spécialement face à la diffusion des TIC (§ 2^o : *Bilan du modèle brésilien de limitation des pouvoirs de l'employeur face au droit à la vie privée*).

⁷⁵⁸ Le Suprême Tribunal d'Espagne comprend que le tiroir du lieu de travail, même s'il contient des objets personnels de l'employé, n'est pas considéré comme « personnel », car c'est un instrument de l'entreprise. Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador : un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. (Civitas: Madrid, 1988), 148 et suiv.

⁷⁵⁹ Julio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho: relações individuais de trabalho*, (Coimbra : Editora Coimbra, 2007), 268.

§ 1^o Limites imposées au cas par cas à l'exercice du pouvoir de l'employeur face au droit à la vie privée par la jurisprudence

Le droit brésilien, en conséquence, met des limites au pouvoir de contrôle de l'employeur au moyen de la législation, l'art. 474-A de la CLT étant le seul qui prévoit ce type de protection de l'employé, qui régit ce qu'il a appelé une *fouille intime* (A). Cependant, la majeure partie des situations est régie par la jurisprudence, qui traite des fouilles réalisées sur les biens d'utilisation personnelle de l'employé, tout comme celle pratiquée à l'intérieur des espaces cédés par l'employeur pour que l'employé puisse garder ses objets personnels (B).

A. L'interdiction des fouilles intimes

Dans le cadre de la concrétisation de la protection de la sphère privée du travailleur, au Brésil, l'interdiction de la fouille intime est la seule prévision manifeste existante dans la législation ordinaire dans le cadre du droit du travail, plus précisément dans l'article 373-A de la CLT, qui a transformé en loi ce qui était déjà normalisé dans la jurisprudence. L'article expose que « à l'exception des dispositions légales destinées à corriger les distorsions qui affectent l'accès de la femme au marché du travail et d'un certain nombre de spécificités établies dans les négociations du travail, il est interdit à l'employeur ou au préposé de procéder à des fouilles intimes sur les employées⁷⁶⁰ ».

On notera que, même si l'art. 373-A de la CLT contient une norme forte sur la prohibition faite à l'employeur préposé de procéder à des fouilles intimes envers les employées dont la transgression est déduite de l'offense à sa dignité et à son intimité, le précepte légal se réfère seulement à l'employée-femme, chose déjà assez critiquée par la

⁷⁶⁰ L'Association Nationale des Magistrats du Travail et le Tribunal Supérieur du Travail ont organisé en novembre 2007 la Première Journée de Droit Matériel et Procédurier dans la justice du Travail. Parmi les 79 Énoncés approuvés autour de thèmes d'intérêt, l'énoncé n°15 se distingue, qui établit le caractère illicite de la fouille chez les employés : « n'importe quelle fouille, intime ou non, promue par l'employeur ou par ses préposés envers les employés et/ou sur leurs affaires personnelles est illégale, pour offense aux droits fondamentaux de la dignité et de l'intimité du travailleur. » Disponible sur : http://www.trt9.jus.br/internet_base/noticia_crudman.do?evento=Editar&chPlc=429387. Accédé le 10/02/2015.

doctrine, car elle viole le principe de l'égalité, créant une règle discriminatoire injustifiée⁷⁶¹.

Pour ce motif, la jurisprudence applique la disposition légale aussi bien aux employés de sexe féminin ou masculin, s'appuyant sur l'article 5°, I de la Constitution Fédérale, qui traite du droit fondamental à l'égalité⁷⁶².

On considère, donc, fouille intime celle réalisée sur la personne du travailleur, même dans un cadre isolé⁷⁶³, sous la menace d'une répression pour se déshabiller ou de quelconque acte d'agression physique⁷⁶⁴ réalisé par l'employeur ou le préposé de l'entreprise⁷⁶⁵ pour que l'employé mette à jour ou expose son corps, même partiellement, même sans contact physique⁷⁶⁶.

En règle générale, le consentement de l'employé à la fouille intime n'importe pas pour configurer l'abus de pouvoir de fiscalisation de l'employeur⁷⁶⁷, bien qu'il y ait

⁷⁶¹ Nascimento explique que le dispositif se montre assez malheureux. « En premier, parce qu'il interdit seulement la fouille menée directement par l'employeur ou le préposé sur les employées, laissant entendre qu'on autorise les fouilles effectuées par les préposées de l'employeur sur les employées. En second parce que le dispositif ne mentionne pas la fouille effectuée sur des hommes, ce qui pourrait conduire à la conclusion que la vérification des affaires des employés de sexe masculin est autorisée. » Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 256

⁷⁶² TST, AIRR6073820115020263, Hugo Carlos Scheuermann, 21/09/2015. TST, RR4272008820095120050, Emmanoel Pereira, 19/08/2011.

⁷⁶³ TRT-3, RO167189916718/99, Sebastião Geraldo de Oliveira, 09/09/2000.

⁷⁶⁴ Souza affirme que « la pratique du monde des affaires est abusive quand elle s'insère dans les rapports de travail, le consentement de l'employé n'important pas. La pratique est disqualifiée de par son caractère attentatoire vis à vis de la dignité du travailleur. » Rodrigo Trindade Souza, *Função social do contrato de emprego*, (São Paulo: LTr, 2008), 176.

⁷⁶⁵ Même si l'employé et l'employeur sont du même sexe. Dans ce sens, TRT-5, RO00012422820115050039BA, Lourdes Linhares, DJ 01/10/2013. Sur le thème, Nunes commente : « La thèse suivant laquelle la fouille intime exercée par une personne du même sexe n'est pas préjudiciable est un pur mensonge, compte tenu qu'il n'est pas naturel que l'on reste à l'aise quand on a le corps passé en revue par qui que ce soit, en particulier dans le cas de fouilles intimes réalisées contre la volonté du travailleur et par une personne avec laquelle le travailleur n'a pas d'intimité. » Rosana Marques Nunes, *A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho*, (São Paulo : LTr, 2011), 76.

⁷⁶⁶ Sera également considérée abusive la fouille exigeant que le travailleur abaisse son pantalon, deboutonné sa chemise, retire ses chaussures ou relève les barres du pantalon, même s'il n'y a pas de contact physique sur sa personne. « On se rend compte que l'art. 5°, X, de la Constitution Fédérale a possiblement été violé. Le dommage d'instrument nécessite des preuves. La jurisprudence dominante de cette Cour Supérieure établit que l'exposition du travailleur à des fouilles intimes, dans lesquelles il est obligé de se dénuder devant des superviseurs, le chef, ou même devant d'autres collègues, est abusive, et excède le pouvoir directeur de l'employeur, offensant la dignité de la personne humaine et le droit à l'intimité de l'employé. Dans ce cas, suivant que l'on comprenne la décision en appel, le plaignant était forcé à se déshabiller, face à des hommes de confiance de la défendante, restant en vêtements intimes, quand il y avait une différence de numéraire ou au moyen d'un tirage au sort, de forme aléatoire, quand il n'y avait pas de différence, ce qui est inadmissible, dans la mesure où les faits rapportés par le Régional sont suffisants pour que le préjudice moral soit configuré, à cause de l'offense envers l'intimité et la dignité de l'employé. Étant configurée la violation de l'art. 5°, X, de la Constitution Fédérale. Valeur arbitrée de R\$ 5.000,00 Cinq mille réals. Recours de fouille à laquelle on apporte des preuves. » TST, RR:630006020065020073, Katia Magalhães Arruda, 26/09/2014.

⁷⁶⁷ TST, RR2249000620135130007, Katia Magalhães Arruda, 23/04/2014.

des décisions minoritaires dans le sens contraire⁷⁶⁸.

Ainsi nous pouvons conclure que la jurisprudence considère la fouille intime une pratique illicite. Le TST, par exemple, s'est déjà prononcé pour affirmer « qu'il n'y a pas de fouille intime raisonnable. L'acte en soi constitue un abus de droit et, face au règlement constitutionnel, est illicite. Le droit de propriété ne s'étend pas au point de permettre à l'employé de disposer de l'intimité de ses employés, les soumettant, cruellement, à des humiliations, face auxquelles ceux-ci s'inclinent de par la nécessité de conserver leur emploi⁷⁶⁹ ».

Cependant, en appliquant la proportionnalité, le même tribunal présente des situations exceptionnelles, dans lesquelles une fouille intime sera permise : dans une situation cruciale en cas d'intérêt public (et non simplement privé), sans autre moyen efficace de contrôle. Il s'agissait par exemple d'un cas de fouille intime dans une prison, dans le but de vérifier si les employés facilitaient l'entrée de drogues pour les détenus⁷⁷⁰.

Dans la décision, on a pris en compte que le détecteur de métaux ne fonctionnait pas pour indiquer l'entrée de drogues (il n'y avait pas d'autre moyen efficace) ; en plus du fait que la fouille était pratiquée dans une salle close (profitant du moyen le moins préjudiciable possible) par des professionnels entraînés à ce type de méthode⁷⁷¹. Ainsi a-t-on tranché dans la décision : « c'est le principe de proportionnalité qui va indiquer ou non la légalité d'une conduite quand celle-ci se trouvera dans la balance opposée à un droit fondamental individuel. Et les dimensions du principe de la proportionnalité ont été ponctuées par la doctrine (à partir de la décision de la Cour

⁷⁶⁸ Dans ce sens, Nunes, *A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho*, 79.

⁷⁶⁹ Et il continue : « Il n'est pas raisonnable de tolérer le refus d'une valeur si infime, dont la répétition, certainement, résulte en une rigoureuse modification de l'esprit et en une souffrance certaine pour le travailleur. 1.6. On se demande de quelle manière réagiraient l'employeur, ses préposés, et en plus, ceux qui soutiennent ce genre de comportement, s'ils étaient soumis à des fouilles intimes quotidiennes. On ne pense pas, dans ce cas, qu'ils les soutiendraient avec autant de vigueur. 1.7. Les droits personnels à la préservation de la dignité, de l'intimité, de la vie privée et de l'honneur ne peuvent être pris en charge par d'autres. 1.8. En infligeant un préjudice moral, l'employeur s'oblige à une indemnisation correspondante (art. 5º, V de la Constitution). » TST, RR90340-49.2007.5.05.0464, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 01/3/2013.

⁷⁷⁰ TST, RR:28000-10.2009.5.11.0019, Maria de Assis Calsing, 12/08/2011.

⁷⁷¹ « Il n'y a aucun doute que la fouille à laquelle étaient soumis les employés de la partie mise en cause représentée par des agents disciplinaires était au minimum embarrassante. Ce sur quoi nous devons enquêter est de savoir s'il y avait une manière moins onéreuse moralement pour éviter que la fiscalisation pour interdire l'entrée des drogues soit réalisée de cette forme. Et, maintenant, il faut considérer que la partie mise en cause était prestataire de services dans une prison de l'état qui, donc, était celle qui disposait le moins de moyens de fiscalisation. Et ces moyens, détecteur de métaux, et appareil de rayons X, ne permettaient pas que l'on surveille l'entrée de drogues, parce qu'ils étaient inefficaces. En outre, à l'époque, il n'y avait vraiment pas d'autre moyen plus simple ou moins embarrassant pour arriver au but prétendu. » TST - RR 280001020095110019, Kátia Magalhães Arruda, 23/10/2017.

Constitutionnelle allemande) de trois critères : l'adéquation, la nécessité ou fermeture de l'excès et de l'insuffisance et la proportionnalité au sens strict. Ces trois critères étant présents, il existe la possibilité d'imposer des limites à un droit fondamental. [...] De ce qui a été établi, la fouille était nécessaire car le rayon X ne détectait pas l'entrée de drogues dans la prison. En conséquence, ni le détecteur de métaux ni la machine de rayons X n'auraient pu substituer la fouille pratiquée. En outre, on extrait, facilement, de la négociation régionale, que le motif ayant permis l'adoption de la méthode antérieurement mis en question a été justement l'inadéquation de l'appareillage qui empêche l'entrée de drogue dans la prison. La fouille intime pratiquée a été adéquate et le seul possible pour arriver au résultat auquel on prétendait, qui est, de ne pas permettre l'entrée de drogue dans la prison⁷⁷² ».

B. Conditions pour la réalisation de fouilles des biens d'utilisation personnelle de l'employé et des endroits destinés à les garder

En dehors de la fouille intime, pour protéger la vie privée de l'employé dans son lieu de travail, la jurisprudence⁷⁷³ s'occupe de la fouille réalisée sur les biens d'utilisation personnelle de l'employé, comme celle pratiquée dans les lieux cédés par l'employeur afin que l'employé y garde ses objets personnels.

Si pour ce qui est de la fouille intime il est possible de constater une certaine uniformité dans les décisions des tribunaux et dans la manifestation de la doctrine- spécialement après la venue de la Loi n° 9.799 du 26.05.1999, qui a inclus l'art. 373-A de la CLT -, l'application de la technique de la pondération envers l'examen de la permission de la fouille d'objets personnels de l'employé et dans les lieux destinés à les garder est très dissonante.

⁷⁷² TST, RR280001020095110019, Cláudio Brandão Mascarenhas, 05/11/2009.

⁷⁷³ « Ce tribunal a compris de manière réitérée que l'inspection visuelle des sacs, des trousseaux et des sacs des employés, sans contact corporel entre chef et employé ou nécessité de dénuement, et dans l'absence d'une quelconque évidence d'une nature discriminatoire de l'acte, n'est pas suffisante en soi pour permettre le paiement d'une compensation pour préjudice moral. En effet, on ne peut pas parler d'offense au principe de la dignité de la personne humaine ou à la présomption générale d'innocence, vu que l'acte entrepreneurial révèle un exercice régulier de protection de son patrimoine, qui, de par son caractère général, est incapable de causer un embarras ou un préjudice à la vie privée des personnes inspectées. » TRT-8, RO03752.2005.872.09.00.5, Arnor Lima Neto, 26/06/ 2007.

Au Brésil, on considère majoritairement dans la jurisprudence et dans la doctrine⁷⁷⁴ qu'il n'y a pas d'obstacle légal à la réalisation de fouille sur les objets de l'employé dans son lieu de travail en vue de la protection du patrimoine de l'employeur, considérant cette conduite comme étant l'exercice légitime du pouvoir de fiscalisation de l'employeur^{775 776}.

Cependant, la divergence augmente dans la forme d'application de la pondération, dans laquelle, comme on l'a déjà vérifié, au cas par cas, le juge doit prendre en compte les critères d'adéquation et de nécessité pour voir s'il y a eu abus de pouvoir de la part de l'employeur durant la fouille⁷⁷⁷.

Si la restriction du droit à la vie privée de l'employé est nécessaire à la préservation du droit significatif de l'employé, un contrôle sera adéquat. C'est le cas des situations pour lesquelles une fouille personnelle du travailleur est une condition à l'exécution du propre contrat de travail ou, encore, elle doit être appliquée comme forme

⁷⁷⁴ Pour Maschietto, une telle position « n'est pas sans raison, puisque dans certains secteurs de l'entreprise celle-ci a l'obligation de fiscaliser non seulement pour elle-même et ses actionnaires, mais aussi au regard de l'État et la société. Il s'agit d'un devoir social. » Adriana Calvo et. al *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*, (São Paulo : LTr, 2010), 87.

⁷⁷⁵ Amauri Mascaro Nascimento affirme : « La fouille des employés est de plus en plus considérée par les Tribunaux comme un droit de fiscalisation de l'employeur. Pourtant, si elle devient abusive envers la dignité du travailleur, elle ne trouvera pas d'acceptation dans les décisions judiciaires. Elle devra rester modérée, respectueuse, ce suffisamment pour que ses objectifs soient atteints ». Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 175.

⁷⁷⁶ Malgré le fait d'être très minoritaire, il est important de mentionner l'existence d'un courant qui considère que même étant réalisée de mode impersonnel, superficiel et sans contact physique avec l'employé, la fouille d'objets de l'employé soumet celui-ci à une situation vexante, étant capable de perturber le principe de présomption de bonne foi dans le cadre des rapports de travail, et doit être considéré illicite. Dans ce sens, Daniela Muradas Reis, *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*, (São Paulo : LTr, 2010), 126. Alvarenga rappelle que la jurisprudence a déjà intégré cette compréhension, étant, cependant, on le répète, minoritaire : « Restreindre l'application du précepte de la CLT aux hypothèses dans lesquelles on se dévêtit ou on touche le corps signifierait, avec permission, réduire la femme à l'une de ses multiples expressions, comme si le droit à la préservation de son intimité ne pouvait pas protéger d'autres hémisphères de son monde réel ou sensible qui jouissent d'une totale privacité. Le sac de la femme- sans discriminer la femme qui travaille- est un prolongement d'elle, son secret, l'endroit impénétrable où sont gardés les objets d'estimation personnelle, que seulement elle peut révéler. Les règles du contrat social, connues de tous, parlent en effet de l'inviolabilité des sacs utilisés par les femmes, quand ils se présentent comme tels. S'il ne fait pas de doute que le sac porté par la femme est une expression de son intimité, un local où sont gardés ses objets intimes, le traitement qui lui est donné doit être, rigoureusement, le même attribué au sac du client de la boutique, ou des passants enfin. Le pouvoir de l'entreprise ne peut déprécier les repères constitutionnels dans le cadre du rapport de travail, pure évidence. » Rúbia Zanotelli de Alvarenga, *Direitos da Personalidade do trabalhador e poder empregatício*, (São Paulo : LTr, 2013), 282-283.

⁷⁷⁷ Dans ce sens, Lília Leonor Abreu, "O direito à intimidade x revista pessoal do empregado," *Revista Bonjuris*, 509 (2006) : 56, pour qui « la fouille réalisée sur les sacs d'achats effectués par l'employé en présence du propre employeur, en conformité aux règles observées par tous les employés, quand elle est faite de forme respectueuse et discrète, ne caractérise pas une offense aux droits de la personnalité. Dans ce cas, l'embarras personnel causé par la méthode, sans qu'il y ait aucune circonstance exceptionnelle démontrant un évènement d'excès susceptibles de maculer l'honneur subjectif de l'employé ou même son concept moral dans l'univers personnel auquel il appartient, n'est pas suffisant pour justifier la réparation patrimoniale. »

de protéger la sécurité ou la santé de la collectivité, car elle met en jeu des biens plus importants qui, en conséquence doivent être pris en compte avec la vie privée du travailleur⁷⁷⁸.

Il y a divergence quant à la possibilité de contrôle quand il existe la crainte fondée d'un événement de vol d'actifs de l'employeur. Parfois la jurisprudence est plus tolérante, défendant sa légitimité dans tous les cas où l'entreprise détient des biens susceptibles d'être soustraits et occultés - comme dans des boutiques de département qui travaillent sur les produits cosmétiques, etc -⁷⁷⁹, parfois l'on voit une tendance restrictive, qui soutient que cela doit être permis seulement dans des cas exceptionnels, dans lesquels le type d'activité professionnelle impose un contrôle plus important sur les entrées et les sorties des entreprises^{780 781}.

En appliquant le critère de l'adéquation, apparaissent aussi des divergences quant à la régularité des fouilles. Il existe des compréhensions dans la doctrine et dans le

⁷⁷⁸ C'est le cas, par exemple, des travailleurs d'industries pharmaceutiques qui produisent des médicaments d'utilisation contrôlée ou qui fabriquent et manipulent de la matière-première, de l'apport ou des produits chimiques destinés à la préparation de drogues. Le Règlement n° 344, du 12 mai 1998, de l'Agence Nationale de Surveillance Sanitaire (qui autorise le règlement technique sur des substances et des médicaments soumis à un contrôle spécial) présente une liste de substances qui devront avoir leur production et leur transport contrôlés, obligeant le fabricant de ces produits à adopter toutes les mesures de sécurité et de fiscalisation nécessaires pour éviter qu'ils sortent du périmètre de l'usine sans autorisation ou sans contrôle. Le paragraphe 1° de l'article 33 de la Loi n°11.343, du 23.08.2006, qui, quant à lui, entre autres mesures, établit des normes pour la répression à la production non autorisée et au trafic illicite de drogues, caractérise comme crime la production de matière-première, l'apport ou le produit chimique destiné à la préparation de drogues ou de plantes constituant une matière-première pour la préparation de drogues. À la lumière des dispositifs légaux invoqués plus haut, il est à craindre que l'employeur possède l'obligation de contrôle sur le stockage et la circulation de ces substances et médicaments contrôlés, sous peine que ses administrateurs, dans l'omission, pratiquent un crime caractérisé dans le paragraphe 1° de l'article 33 de la Loi 11.343/06. Plus qu'un pouvoir fiscalisateur, il y a, dans ce cas, un devoir de fiscalisation. La vérification personnelle de l'employé qui garde un contact direct ou manipule des substances inscrites dans les Règlements n° 344/98 de l'Agence Nationale de Vigilance Sanitaire est une condition nécessaire pour la propre exécution du contrat, comme forme de garantir la sécurité et la santé de la population en général.

⁷⁷⁹ Dans ce sens, Antônio Carlos Oliveira, *Revista pessoal de empregado* (São Paulo : LTr, 2011), 125. L'auteur admet la pratique de fouille d'objets personnels de l'employé d'entreprises travaillant sur des produits extrêmement vulnérables d'être soustraits, à l'exemple des supermarchés et des magasins de département qui commercialisent les produits les plus variés en dimensions et prix. La jurisprudence du TST semble pencher vers cette compréhension.

⁷⁸⁰ Défendent ce point de vue, dans la doctrine brésilienne, par exemple, Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 43 ; Nunes, *A revista íntima*, 76; Theresa Cristina, "Antecedentes criminais e discriminação no trabalho," *Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, 49 (2003) : 126 ; Marcelo Roberto Bruno Válio, *Os direitos da personalidade nas relações de trabalho*, (São Paulo : LTr, 2006) 52; Lia Sandra Simón, *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, (São Paulo : LTr, 2008), 86.

⁷⁸¹ Dans ce sens, Alice Monteiro de Barros, pour qui « la tutelle générique de la propriété ne suffit pas ; des circonstances concrètes devront exister qui justifient la fouille. Il est indispensable qu'il y ait, dans l'entreprise, des biens susceptibles d'être soustraits et occultés, ayant une valeur matérielle, ou qui aient une importance dans le fonctionnement de l'activité de l'entreprise et dans la sécurité des personnes. » Alice Monteiro de Barros, *Curso de Direito do Trabalho*, 268.

TST qui repoussent la possibilité de contrôle quotidien des objets de l'employé, vu la bonne foi contractuelle et la conséquente présomption d'innocence de l'employé⁷⁸². Une telle position, cependant, est minoritaire dans le TST⁷⁸³.

Outre le fait d'être adéquat, le contrôle des objets de l'employé pour qu'il soit valable doit avoir, autrement dit, doit seulement être utilisé s'il n'y a pas de moyen moins coercitif pour la préservation du droit à la vie privée de l'employé⁷⁸⁴. Quant à l'évaluation de la nécessité, les décisions du TST et les opinions de la doctrine se montrent intéressantes. La jurisprudence défend que l'employeur «doive investir dans la technologie pour contrôler son patrimoine sans avoir besoin de recourir à des fouilles réalisées sur les biens d'utilisation personnelle de l'employé ou sur les espaces cédés par l'employeur pour que l'employé puisse y laisser ses objets personnels. L'étape actuelle de l'évolution technologique offre une gamme de méthodes capables de permettre une fiscalisation efficace sans qu'il y ait la nécessité de fouiller les biens d'utilisation personnelle de l'employé pour la réalisation de l'exercice du pouvoir de l'employeur⁷⁸⁵ ». La technologie, en conséquence, semble être encouragée en tant qu'instrument de fiscalisation, pour paraître moins agressive envers le droit à la vie privée de l'employé que le sont les fouilles⁷⁸⁶.

⁷⁸² « Soumettre les employés et collaborateurs à une fouille quotidienne est partir du principe de la mauvaise foi et l'acte préjudiciable réside exactement dans ce présupposé-règle par lequel l'employé et le collaborateur vole des biens et des produits du magasin. Autrement dit, la fouille provient de la présomption que tous les employés et les collaborateurs sont suspects d'acte illicite. » TST, RR12067320135090016, Maurício Godinho Delgado. Dans la doctrine, sur une telle position, vérifier Edilton Meireles, *Abuso do direito na relação de emprego*, (São Paulo : LTr, 2005), 119.

⁷⁸³ Soumettre les employés et les collaborateurs à une fouille quotidienne c'est partir d'un principe de mauvaise-foi et l'acte préjudiciable se trouve exactement dans ce présupposé-règle par laquelle l'employé et le collaborateur soustrait des biens et des produits du magasin. Autrement dit, la fouille découle de la présomption que tous les employés et collaborateurs sont suspects d'acte illicite. Dans ce sens, TST, RR13563020125190010, João Brito Pereira, 13/09/2017.

⁷⁸⁴ Dans ce sens, Simón, *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, 147, pour qui « s'il y a, par exemple, un autre type de contrôle (entrée et sortie de marchandises, filmage en circuit interne, présence d'étiquettes magnétiques sur les produits, surveillance de services spécialisés, etc) il n'y a pas de justificatif dans la réalisation des fouilles. »

⁷⁸⁵ Dans la jurisprudence, voir : TST, RR613/2000, João Orestes Dalazen, 10/06/2005, où il a été décidé que la technologie permet la détection de matériaux existants dans la matière première, ce qui évite que les produits ou les objets de l'entreprise passent par la porte de sortie d'une usine, comme cela se fait aux portes des bibliothèques et des aéroports, sans agresser avec cela l'intimité des personnes. En outre, il a été considéré que les caméras-vidéo peuvent être utilisées pour contrôler la matière-première et les équipements de l'entreprise. Dans la doctrine, voir Rúbia Zanotelli de Alvarenga. *Direitos da personalidade e poder empregatício*, 265. Dans le même sens, Nunes, *A revista íntima*, 119, pour qui « la technologie aujourd'hui présente de très nombreuses formes pour contrôler le patrimoine de l'employeur, arriver à une solution n'est possible qu'à travers la technologie. »

⁷⁸⁶ En se posant la question sur l'existence de moyens moins contraignants vis à vis de la vie privée de l'employé quand il entre en conflit avec la propriété privée de l'employeur, Simon soutient que le contrôle électronique doit être préféré au contrôle physique, étant moins préjudiciable : « La réponse sera presque toujours affirmative, principalement face aux avancées technologiques qui offrent à l'employeur des moyens moins invasifs pour éviter le vol de biens. Comme exemples de moyens moins invasifs pour

Dans l'examen de la nécessité, on recherche aussi la forme la moins contraignante possible de limitation du droit fondamental. Dans le cas de la fouille d'objets personnels de l'employé, le TST a établi comme critère de sa permission le fait qu'elle soit réalisée de forme impersonnelle, générale et sans discrimination⁷⁸⁷, en dehors du fait de s'assurer qu'il n'y a pas eu pendant sa réalisation de contact physique avec l'employé.⁷⁸⁸ En outre, position minoritaire, en recherchant la moindre nocivité possible au droit fondamental à la vie privée de l'employé, on considère que, pour que la fouille d'objets personnels soit valable, celle-ci doit faire l'objet d'une négociation collective, ou, dans le cas d'un manque de représentation syndicale de la catégorie de l'employé, il doit y avoir un accord préalable avec le propre employé.⁷⁸⁹ Des voix éparses apportent d'autre part l'exigence de celle du secret, dans la réalisation des fouilles⁷⁹⁰.

On se rend compte que la limitation des pouvoirs de contrôle de l'employeur en droit brésilien est assez précaire, dans la mesure où, comme elle ne se fait pas à travers la loi, elle crée une assez grande insécurité juridique, même à cause du fait de ne pas y avoir d'uniformité dans les décisions sur le thème. En outre, ce kaléidoscope d'opinions sur le thème, finit par laisser passer des questions d'une extrême importance, comme celles qui se réfèrent aux nouvelles technologies de la communication et de l'information.

l'intimité que la fouille: fixation d'étiquettes magnétiques ou de senseurs électroniques sur des produits; utilisation de détecteurs de métaux; installation de caméras avec circuit interne de TV dans des lieux non réservés et/ou intimes; un système qui crée des armoires à l'entrée et à la sortie des travailleurs, de façon à éviter la circulation des sacs et autre objets personnels dans les dépendances de l'entreprise; utilisation de vêtements et d'uniformes sans poches; utilisation de sacs avec fermeture pour y mettre les objets personnels des travailleurs en début de journée; système de contrôle rigoureux des stocks de marchandises. [...] Dans certains cas, s'il existe des mécanismes moins lésifs qui puissent assurer une protection du patrimoine ou, même, de la sécurité équivalente à celle réalisée par la fouille, dans presque tous, sinon dans toutes les situations, l'utilisation de la fouille ne sera pas nécessaire ni proportionnée ni abusive, favorisant une configuration de préjudice moral et, même, de harcèlement moral. » Simon, *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, 122.

⁷⁸⁷ TST, RR1525400.162006.5.09.0007, Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, 26/08/2011. TST, RR28000.10.2009.5.11.0019, Maria de Assis Calsing, 12/08/2011. Sur la non-discrimination dans la fouille, commente Alice Monteiro de Barros, *O direito à intimidade nas relações de trabalho*, (São Paulo : LTr, 2009), 65: « face aux particularités sur le sujet et afin de limiter ce pouvoir de fiscalisation de l'employeur, on recommande que de telles fouilles aient lieu, de préférence, à la sortie du travail, au moyen d'un critère objectif (tirage au sort, numération, etc), non sélectif, contre certaines garanties comme la présence d'un représentant des employés, ou, en cas d'absence, d'un collègue de travail, pour empêcher des abus. Dans certaines circonstances, on suggère, même, que la fouille ait lieu en présence de collègues du même sexe, pour éviter des situations embarrassantes. »

⁷⁸⁸ TST, RR7177.2001.003.09.0020, Maria Cristina Peduzzi, 18/10/2009.

⁷⁸⁹ Quand elle est pratiquée, la fouille doit avoir un caractère général, impersonnel, pour éviter les doutes, au moyen d'un critère objectif (tirage au sort, numération, tous les intégrants d'une équipe ou d'un secteur), en échange d'un accord préalable avec la représentation syndicale ou avec le propre employé, en son absence, dans le respect, au maximum, des droits de la personnalité. Barros, *O direito à intimidade nas relações de trabalho* 64.

⁷⁹⁰ « Toujours sans la moindre publicité possible, en présence d'un collègue de travail, suivant la circonstance, d'un collègue du même sexe, et en respectant sa dignité. » Barros, *O direito à intimidade nas relações de trabalho*, 74.

En règle générale, la discussion sur le thème au Brésil finit par se restreindre au pouvoir de contrôle de l'employeur dans une dimension physique (dans les cas de *fouilles intimes* ou de fouilles réalisées sur les biens d'utilisation personnelle de l'employé), oubliant de considérer que le pouvoir de l'employeur peut être exercé d'une façon encore plus puissante à partir de la diffusion des TIC⁷⁹¹. Ce pouvoir électronique peut représenter une menace encore plus grande pour les droits fondamentaux de l'employé, en particulier pour le droit à la vie privée.

§ 2^o Bilan du modèle brésilien de limitation des pouvoirs de l'employeur face au droit à la vie privée

Avec la diffusion des TIC et la « pénétrabilité de leurs effets⁷⁹² » dans divers domaines, parmi lesquels, particulièrement, celui de la vie privée⁷⁹³ et celui de la dynamique de pouvoir entre celui qui détient une plus ou moins grande capacité d'accéder à l'information et de la traiter, car ils peuvent être utilisés pour la surveillance et le contrôle⁷⁹⁴, il est vrai qu'il s'est développé un nouvel état de forces⁷⁹⁵ dans les rapports entre les états ; entre les états et les individus et aussi bien entre les individus. Il y a aujourd'hui une multitude d'instruments ayant non seulement une capacité illimitée de capture de ces informations, mais aussi de stockage et de traitement. Il devient nécessaire d'observer de près non seulement la vie privée dans son aspect physique, mais aussi le droit à la protection de l'information sur le citoyen.

Le droit du travail brésilien semble ne pas encore avoir noté les effets du déséquilibre de pouvoir dans la relation de travail de par l'utilisation de TIC dans

⁷⁹¹ Em fait, les positions sont dans le sens d'incentiver l'utilisation des ressources électroniques pour contrôler l'activité des salariés. Voir : TST, RR613/2000, João Orestes Dalazen, 10/06/2005.

⁷⁹² C'est ce que déclare Manuel Castells, *A sociedade em rede*, 108.

⁷⁹³ Pour tous, on reprendra les observations du juriste Trudeau : « l'évolution des nouvelles technologies, particulièrement celles liées à l'informatique, fragilise la vie privée vu qu'il existe des technologies permettant la capture vocale, de l'image ou des messages d'une personne sans son consentement, indépendamment du lieu où elle se trouve, même dans les lieux considérés plus intimes. » Gilles Trudeau, "Vie professionnelle et vie personnelle, tâtonnements nord-américains", *Droit Social*, no. 1, (2004) : 11.

⁷⁹⁴ Sur la permissibilité de contrôle, à cause de son astuce, la métaphore rappelée par Simioni mérite d'être reproduite, « on se rappellera quand même que l'idée de web comporte une double signification intéressante. La toile permet de se déplacer partout et rapidement (c'est l'idéal d'Internet, du world wide web) mais elle est aussi l'instrument qui permet à l'araignée d'attraper sa proie. » Simioni, "Un nouvel esprit pour le capitalisme," 86.

⁷⁹⁵ Répétant l'expression consacrée par l'intelligence de Jacques Ellul, déjà mentionnée dans cette introduction. Ellul, *Changer de révolution*, 31.

l'organisation du travail et les nouveaux risques qu'il apporte au droit à la vie privée des employés, un silence qui permet un déplacement de la technique du droit du travail, qui à partir de la Constitution de 1988 a été utilisée pour tenter de faire avancer un modèle démocratique pour les rapports de travail. Dans le droit du travail brésilien, la législation ne présente pas de concept propre de la vie privée, cela étant nécessaire de se tourner prioritairement vers la Constitution Fédérale de 1988 et vers le Code Civil afin de comprendre les structures qui réglementent sa tutelle. Cependant, la législation du travail présente ses propres paramètres pour certaines situations.

L'intérêt principal de la CLT semble être la protection de la vie privée dans son aspect physique. L'art. 157 de la CLT établit une liste de devoirs pour l'entreprise, entre lesquels exécuter et faire exécuter les normes de sécurité et la médecine du travail. L'art. 483, a, de la CLT voit comme une des hypothèses de résiliation indirecte une exigence d'efforts dépassant les forces de l'employé. L'art. 483 de la CLT qu'il existe un danger manifeste d'un dommage considérable comme une autre hypothèse de résiliation indirecte du contrat par l'employé. L'offense physique dont il peut être victime de la part de l'employeur conduit également à une résiliation indirecte, conformément à l'art. 483, f de la CLT. Toutes ces hypothèses mènent vers la tutelle de l'intégrité physique. Il existe également des dispositions provisionnelles qui considèrent d'autres aspects des droits de la personnalité indirectement liés à l'information, comme les actions préjudiciables à l'honneur et à la réputation de l'employé (art. 483, e de la CLT). L'interdiction d'un traitement non égalitaire a des répercussions dans la législation du travail et montre les limites de la collecte et des renseignements sur l'employé par l'employeur. Elle se base sur l'art. 7^o, XXX, XXXI et XXXII de la Constitution Fédérale de 1988.

En rapport plus concret avec la vie privée, vient la décision de l'art. 373-A de la CLT, insérée dans le chapitre « de la protection du travail de la femme » et traite des conduites discriminatoires interdites à l'employeur. De nombreuses conduites se réfèrent à certains comportements au moment du choix des employées, comme l'interdiction de publication d'annonces, le refus de l'emploi, l'interdiction de l'accès ou l'adoption de critères subjectifs au report d'une inscription ou pour une approbation à un concours discriminatoires pour cause d'âge, de sexe de couleur et de situation familiale et état de gestation ou de stérilité pour l'admission et la permanence de l'employé, toujours étant que cette conduite a également été criminalisée par un mel de la loi n° 9.029, du 13 avril 1995. La fouille intime est considérée par le législateur comme offensive aux droits de la personnalité de l'employée et a été formellement interdite.

En plus, le dispositif de la CLT (art. 373-A) est aussi en accord avec la législation pénale qui statue sur les crimes de caractère raciste (Loi 7.716, du 5 5 janvier 1989). Dans son art. 4^o et paragraphes, il y a une criminalisation de nombreuses conduites de discrimination raciale de l'employeur, comme refuser ou interdire un emploi dans une entreprise privée ; ne pas céder d'équipement nécessaire dans des conditions semblables avec les autres travailleurs ; empêcher l'ascension fonctionnelle ou s'opposer à une autre forme de bénéfice professionnel ; établir un traitement différencié dans l'environnement de travail, principalement par rapport au salaire ; et exiger des normes spécifiques de race ou d'ethnie dans des annonces pour emploi.

Bien que l'on puisse identifier la présence de paramètres limitant l'activité de la collecte d'information sur l'employé de la part de l'employeur, la liste des possibilités offertes par les normes du travail n'est pas prête de permettre une solution adéquate aux problèmes relatifs à la protection des données personnelles.

En premier lieu, les conséquences juridiques de la violation du droit prévu en elles sont inscrites dans le licensement, incluant une éventuelle indemnisation pour fait de violation et à cause du préjudice moral. Pourtant, en plus d'avoir un contenu plus ample que celui de la vie privée physique, la protection des données personnelles détient aussi la fonction d'offrir la tutelle d'un risque potentiel, et il ne semble pas adéquat que la tutelle de ce droit ne crée point de mécanismes pour éviter les nouveaux risques auxquels est soumis le droit à la vie privée des employés face à la diffusion des TIC.

En second lieu, même dans la tutelle répressive des nouveaux attentats à la vie privée des employés, non seulement il n'existe pas de normes infra-constitutionnelles spécifiques pour limiter le pouvoir de l'employeur de disposer des données des employés comme dans la jurisprudence de la Justice du Travail, mais aussi il n'y a pas encore eu de manifestation spécifique ou systématique sur l'existence d'un droit à la protection de données personnelles de l'employé, la question étant traitée de forme diffuse à travers une tentative de limiter le pouvoir de contrôle de l'employeur en préservant le droit à la vie privée de l'employé⁷⁹⁶.

Les contours de cette protection jurisprudentielle, cependant, émettent vers les juridictions des signaux très imprécis⁷⁹⁷. Ils arrivent même, d'une certaine manière, à

⁷⁹⁶ TST, AIRR1640408620035010051, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 24/10/2008.

⁷⁹⁷ Voyons, par exemple, cette décision de justice, dans laquelle la Cour affirme que « les employés ne doivent pas nourrir l'expectative de vie privée dans le lieu de travail ». TRT-9 296320052904, Seli Gil El-Rafih, 19/01/2007.

favoriser le fait que le contrôle des activités de l'employé soit exercé à travers l'utilisation de moyens électroniques au lieu de promouvoir une fiscalisation physique, car ils pensent que ceux-là sont moins nuisibles aux employés que ceux-ci⁷⁹⁸.

Il faut répéter qu'il existe dans la doctrine d'importantes oeuvres à propos du droit à la vie privée de l'employé dans les relations de travail, lesquelles, cependant, lorsqu'elles traitent de questions relatives à la protection des données de l'employé, quand elles le font, n'abordent que de forme indirecte le thème⁷⁹⁹. Ainsi, la fragile protection de l'information de l'employé, sans structure particulière dans le droit brésilien, n'est pas prête à répondre de manière adéquate aux défis inhérents à son rôle actuel dans les rapports de travail du pays, ne prenant pas en compte les problèmes visés dans les normes de droit international du travail et dans le modèle européen de protection à l'autodétermination informative.

⁷⁹⁸ Dans ce sens, TST, RR613002320005100013, João Oreste Dalazen, 18/05/2005.

⁷⁹⁹ Sur la protection de la vie privée de l'employé dans les relations de travail dans une perspective contractuelle, pour tous, Alice Monteiro de Barros, *Direito à intimidade nas relações de trabalho* (São Paulo : LTr, 2009). Sur la protection de la vie privée, dans une perspective de collision de principes, pour tous, Sandra Lia Simon, *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado* (São Paulo : LTr, 2000). Bruno Lewicki, *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho* (Rio de Janeiro : Renovar, 2003). Sur la protection de l'employé dans les relations de travail, dans une perspective de limitation du pouvoir de l'employeur, pour tous, Laert Mantovani Junior, *Direito Constitucional à intimidade e à vida privada e o poder diretivo do empregador* (São Paulo : LTr, 2010). Sur la protection de la vie privée, conduisant seulement à une situation spécifique (internet et contrôle de la correspondance électronique) qui concerne la protection des données personnelles, analysant sous une perspective de collision de principes existant en elle, sans toutefois prendre en compte l'autodétermination informative, Alexandre Agra Belmonte, *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho e a tutela das questões jurídicas relacionadas ao uso das redes sociais* (São Paulo : LTr, 2014). Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo, *O poder de Controle empresarial: suas possibilidades e limitações - o caso das correspondências eletrônicas* (São Paulo : LTr, 2013). Estêvão Mallet, "Apontamento sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho," *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, no. 104, (2009). Luís Carlos Moro, "A internet nas relações de trabalho e limites às condutas de patronais e de empregados." *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo*, no. XXXII, (2012).

Deuxième Partie : Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à l'autodétermination informationnelle

Si dans le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux libertés de l'employé on prend en compte le droit à la vie privée dans son aspect physique, celui-ci ressent un besoin d'ajustements face aux changements dans l'organisation du travail provoqué par la diffusion des TIC, sous peine de perdre le contenu de la propre technique au moyen de laquelle il fut conçu, de légitimation et de limitation des pouvoirs, devenant incompatibles avec l'esprit démocratique de la Constitution de 1988.

Considérant que la finalité du droit à la vie privée, qui est celle de permettre une garantie individuelle de choix des informations personnelles qui deviendront publiques à un degré plus ou moins élevé, face au nouveau paradigme technologique, n'est déjà plus réalisable, au cas où l'on ne prendrait pas en compte la protection des données personnelles, il faut donc reformuler le modèle de limitation du pouvoir de l'employeur face à la vie privée de l'employé en droit brésilien.

L'objet de cette démarche comparatiste⁸⁰⁰ est de proposer, donc, dans le droit national, une limitation de ces pouvoirs, prenant en compte le droit à la protection de l'information, à la protection des données personnelles des employés, démontrant que cette protection peut être présumée à partir de la dogmatique brésilienne et suggérant de quelle forme les pouvoirs de l'employeur doivent être limités pour assurer leur protection à l'employé.

⁸⁰⁰ Dans ce sens, l'affirmation de Ponthoreau : « Le juriste doit-il concéder qu'il ne peut se dire « comparatiste » qu'à la condition de toujours se demander pourquoi il compare. » Marie-Claire Ponthoreau, "Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique," *RIDC* 57, 1, (2005) : 26.

Afin de proposer cette évolution vers un modèle de limitation du pouvoir de l'employeur qui ne prendrait en compte que le droit à la vie privée dans son aspect physique, de domicile et de correspondance, mais aussi le droit à l'autodétermination informationnelle des salariés, nous avons étudié les dispositions concernant ce sujet dans le droit international et dans le droit de l'Union Européenne.

Si dans la première partie de ce travail on a essayé d'analyser le cadre actuel de limitation de l'exercice des pouvoirs de l'employeur face au droit à la vie privée par le droit brésilien, en se rappelant les juristes non familiarisés avec le droit brésilien, dans cette partie la préoccupation du « comparatiste-interprète » - en prenant toujours le soin d'une bonne adoption des procédures dont dispose le droit comparé- se déplacera pour, cette fois, conduire le juriste brésilien à travers le territoire inconnu de la normativité internationale et européenne de protection des données personnelles.

D'abord, comme le détermine la bonne technique du droit comparé, nous avons procédé à une exposition multi-disciplinaire sur les répercussions quant à la diffusion des TIC, spécialement dans le rapport de pouvoir entre ceux qui détiennent et ceux qui ne détiennent pas l'information et la capacité de la traiter, notamment dans la relation de travail⁸⁰¹. On prétend utiliser cet abordage pour, grâce à lui, atteindre la production de résultats dans le processus de relativisation de la vision juridique brésilienne sur la question, un résultat indispensable pour une étude de droit comparé, en essayant de sensibiliser le juriste brésilien aux répercussions du thème en dehors des murs d'enceinte du droit, à cette gravité devant laquelle le droit du travail brésilien, une branche juridique si sensible aux progrès technologiques, ne pourra rester inerte (*Chapitre 1 : L'évolution technique en droit du travail : effets de la diffusion des TIC dans le pouvoir de l'employeur*).

Ensuite, il faudra analyser la législation étrangère choisie en matière de protection des données personnelles afin de comprendre sa construction, son évolution et l'état actuel de la réglementation dans le droit international et dans le droit de l'Union Européenne, en plus du fait d'examiner les réglementations spécifiques pour la protection des données personnelles dans le rapport de travail (*Chapitre 2 : Le droit à*

⁸⁰¹ « Oui. La comparaison exige davantage qu'une simple revue actualisée du droit positif apparemment pertinent, car par lui-même le droit positif n'explique rien, ou si peu, et la lumière qu'il projette est tout d'emprunt. » Legrand, *Le droit comparé*, 46-47. Dans le même sens, H.A. Schwarz Liebermann von Wahlendorf, *Droit comparé, théorie générale et principes*, (Paris : LGDJ, 1978), 173 et s.

l'autodétermination informationnelle comme limite au pouvoir de l'employeur face à la diffusion des TIC).

Finalement, nous serons proches du moment où cet exercice comparatiste nous aura permis de révéler la substance du droit à l'autodétermination informationnelle déjà présente dans la dogmatique du droit brésilien⁸⁰². En fournissant cette perception, le moment est venu de réclamer son application dans le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur », (*Chapitre 3 : Vers un droit à l'autodétermination informationnelle en droit du travail brésilien ?*).

⁸⁰² C'est comme l'atteste Pierre Legrand : « Ainsi l'analyse comparative a pour mission de se rendre anamnétique en revendiquant une sorte de déhiscence du droit positif. Cela étant, je n'exige tout de même pas du comparatiste qu'il s'improvise tour à tour, ou qu'il soit jamais uniquement, historien, économiste, sociologue ou quoi encore. Et je n'ignore pas qu'intervenant depuis le champ « juridique », le comparatiste des droits risque de ne pas prendre la pleine mesure des enjeux et intérêts caractéristiques de tel ou tel autre champ, irréductibles à ceux propres à « son » champ. Aussi l'interdisciplinarité dont on doit se réclamer, c'est « l'interdisciplinarité seulement comme un processus maîtrisé d'emprunts réciproques [...] de concepts, de problématiques et de méthodes pour des lectures renouvelées » du droit. Il s'agit donc de savoir désobéir et, ainsi, d'accepter de « traverser les frontières des grands féodaux de la critique ». » Pierre Legrand, *Le droit comparé* (Paris : Presses Universitaires de France, 2016), 45-46. Dans le même sens, Horatia Muir Watt, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé* 52, no. 3 (2000) : 503-527. G. Fletcher, "Comparative Law as a Subversive Discipline," *The American Journal of Comparative Law* 46, no. 4-1 (1988) : 683-700. Picard, "L'état du droit comparé en France en 1999," 916. Otto Pfersmann, "Fonction interprétative et fonction critique. Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit," 277. Hugh Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law," 398. Kötz, "Comparative Law in Germany Today," 758, Ficker, "L'état du droit comparé en Allemagne," 714.

Chapitre 1 : L'évolution technique en droit du travail : effets de la diffusion des TIC dans le pouvoir de l'employeur

L'évolution de la technique est directement liée au droit du travail, cette branche du droit ayant été directement développée exactement dans le contexte des transformations sociales issues du progrès technologique dans le contexte de la Révolution Industrielle.

Considérant que « la comparaison exige davantage qu'une simple revue actualisée du droit positif apparemment pertinent, car par lui-même le droit positif n'explique rien, ou si peu, et la lumière qu'il projette est tout d'emprunt⁸⁰³ », il est important d'avoir quelques considérations autour de l'impact des nouvelles technologies dans les rapports de pouvoir dans la société, en particulier dans les rapports de travail.

Traditionnellement les pouvoirs de l'employeur, notamment le pouvoir de contrôle butent sur des limites, soit dans la législation soit dans la jurisprudence, en particulier, pour ce qui est du droit à la vie privée du travailleur, en ajustant la relation de travail aux repères du droit privé. Cependant, l'intégration des nouvelles technologies d'information et communication dans l'environnement de travail pour contrôler l'activité du travailleur a permis que l'exercice du pouvoir de contrôle résultant du contrat de travail connaisse de nouvelles possibilités, devenant implacable.

Les transformations dans l'organisation du travail et dans les rapports de pouvoir au sein de l'entreprise sont telles qu'on a déjà dit, au sujet des théories sur la gestion et l'organisation du travail, qu'il se passe à leur endroit un véritable « changement de fétiche⁸⁰⁴ », allant d'une vision de la gestion du travail humain à partir de la logique

⁸⁰³ Legrand, *Le droit comparé*, 46-47. Dans le même sens, H.A. Schwarz Liebermann von Wahlendorf, *Droit comparé, théorie générale et principes*, (Paris : LGDJ, 1978), 173 et s.

⁸⁰⁴ « Dans l'organisation du travail, le modèle physicomécanique de l'horloge [...], dominé par les lois de la physique classique, qui regardent l'univers comme une vaste horlogerie mue par un jeu implacable de poids et de forces [...], a été supplanté par la modèle cybernétique de l'ordinateur. Dès lors, l'organisation

de la physique classique (l'homme-machine⁸⁰⁵) vers celle de la cybernétique (l'homme informatisé, programmé, contrôlé⁸⁰⁶).

Le juriste brésilien ne peut rester en dehors des discussions sur ces transformations de la technique dans le droit du travail. Ainsi, on peut dire que, compte tenu des changements sociaux qui ont mis en lumière ce que nous appelons le pouvoir de contrôle électronique (Section I), la limitation traditionnelle à son exercice par le droit fondamental à la vie privée devient insuffisante, ce qui présente à nouveau le débat sur la problématique du pouvoir dans les relations de travail, nécessitant de s'adapter à la réalité de la société de l'information pour qu'il ait de l'efficacité (Section II).

Section I : Du pouvoir de contrôle physique au pouvoir de contrôle électronique

Si auparavant la prérogative de veiller sur l'activité du travail était exercée par la personne même de l'employeur ou par quelqu'un désigné par lui, il est maintenant possible – et probable – que ce soit réalisé par des moyens électroniques. Ainsi, dans ce travail, à des fins didactiques, nous allons faire la distinction entre le pouvoir de contrôle physique – exercé par une personne humaine – et le pouvoir de contrôle électronique – exercé par les NTIC.

En l'absence d'œuvres dans les travaux juridiques brésiliens concernant la limitation du pouvoir de l'employeur face à la protection des données personnelles des salariées, en estimant que la sensibilisation sur la doctrine pour le sujet est nécessaire pour comprendre pleinement les répercussions des nouvelles technologies dans la relation de pouvoir résultante du contrat de travail, de brèves incursions dans d'autres sciences sociales seront faites, en particulier dans la sociologie et la philosophie.

Depuis ses premiers développements, dont l'aspect macro est normalement fixé dans la première moitié du XX^{ème} siècle, au moment de la création de l'ordinateur

du travail n'est plus conçue comme un jeu de poids et de forces dont le travailleur ne serait qu'un engrenage, mais comme un système programmable faisant communiquer entre elles des unités capables de rétroagir aux signaux qu'elles reçoivent en fonction de cette programmation » Supiot, *La Gouvernance par les Nombres*, 727.

⁸⁰⁵ Supiot, *La Gouvernance par les Nombres*, 720.

⁸⁰⁶ Supiot, *La Gouvernance par les Nombres*, 720.

et de l'Internet⁸⁰⁷ et du développement de la cybernétique⁸⁰⁸ ; spécialement toutefois après sa profonde diffusion, pendant la fin de la deuxième moitié du même siècle⁸⁰⁹, les TIC ont généré d'importants impacts dans les relations entre les individus, lesquels ont fait l'objet d'études multidisciplinaires⁸¹⁰. En sociologie, il y en a qui considèrent que la diffusion des TIC représente une « révolution⁸¹¹ », qui crée une nouvelle forme de société, se référant à une « société numérique⁸¹² » ; ou en invoquant l'ascension d'une « société de communication⁸¹³ », ou d'une « société de l'information⁸¹⁴ ». De tels termes, d'ailleurs, accompagnent désormais des débats gouvernementaux et ceux de maintes organisations internationales, parfois pour « justifier un nouveau discours économique pour l'obtention de pratiques visant à améliorer la prestation des services publics et de développer la qualité de vie des citoyens⁸¹⁵ », parfois pour désigner « un mode de développement social et économique dans lequel l'acquisition, le stockage, le traitement, la valorisation, la transmission, la distribution et la dissémination d'information qui conduit à la création de connaissance et à la satisfaction des nécessités des citoyens et des entreprises, jouent un rôle central dans l'activité économique, dans la création de richesse,

⁸⁰⁷ Pour un développement didactique autour de l'histoire de l'Internet et des ordinateurs, voir : Solange Ghernaoui et Arnaud Dufour, *Internet* (Paris : Presses Universitaires de France, 2017), 7-41.

⁸⁰⁸ En 1948, le mathématicien nord-américain Norbert Wiener (1894-1964) publie son œuvre *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant de la machine*, créant les lignes directrices de cette nouvelle science, où s'entrelacent l'observation des processus de commande physiologiques et neurophysiologiques (contraction du muscle cardiaque, performance du système nerveux comme un tout intégré) et la mise en forme d'une théorie générale sur les systèmes technologiques de commande. D'après les mots de l'auteur, il proposait une « théorie entière de la commande et de la communication, aussi bien chez l'animal que dans la machine ». Norbert Wiener, *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant et la machine* (Paris : Seuil, 2014), 70. Attribuer la publication de l'œuvre comme moment initial des développements et de la profusion des TIC est mentionné par de nombreux auteurs, dans des domaines divers de la connaissance. Pour les représenter tous, citons Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres, cours au Collège de France (2012-2014)* (Paris : Fayard, 2015).

⁸⁰⁹ En France, voir : Legavre et Rieffel, *Les 100 mots des sciences de l'information et de la communication*, 102. Au Japon, aux États-Unis et au Brésil, voir : German, *O caminho do Brasil rumo à era da informação*, 16.

⁸¹⁰ Sur la multidisciplinarité d'études relatives aux impacts de la diffusion des TIC, voir Alistair Duff, *Information society studies*. Simioni, "La société de l'information : émergence et multiplication des discours", 45-76.

⁸¹¹ Dans ce sens, J. Carmona-Schneider et all., *Le travail à distance. Analyses syndicales et enjeux européens*, 7. Volle, *L'économie*, 52 et s.

⁸¹² Philippe Breton et Serge Proux, *L'explosion de la communication* (Paris : La Découverte, 2014), 291 et s.

⁸¹³ Ascensão, *Direito na Sociedade de Informação 1*, 167.

⁸¹⁴ Dutton, *Social Transformation in an information society : rethinking access to you and the world*, 23. Sefiane, "La « société de l'information » : entre résurgence et oubli d'un concept cybernétique," *Études de communication* 44, no. 1, (2015) : 151-164.

⁸¹⁵ Comme en attestent, par exemple, Garcia Marques et Lourenço Martins, *Direito da informática* (Coimbra : Almedina, 2000), 42-43, se référant au discours proféré, en 1993, par le Président de la Commission Européenne de l'époque, Jacques Delors, au Conseil de l'Europe de Copenhague.

dans la définition de la qualité de vie des citoyens et de leurs pratiques culturelles⁸¹⁶ ».

Le terme « société de l'information » semble être le plus fréquemment employé dans les travaux multidisciplinaires concernant le sujet⁸¹⁷, et il est aussi celui le plus entendu dans les discussions internationales officielles traitant de l'impact de la diffusion des TIC.⁸¹⁸ Dans ce contexte, il sera étudié plus spécifiquement, et on démontrera les nouveaux risques pour la vie privée inhérents à la société de l'information (§ 1^o : *La société de l'information et les transformations de la vie privée*), pour ensuite évaluer plus précisément leur impact sous le pouvoir de contrôle de l'employeur (§ 2^o : *L'impact des NTIC dans les pouvoirs de l'employeur*).

§ 1^o La société de l'information et les transformations de la vie privée

L'insertion des nouvelles Technologies dans la réalité du monde des entreprises pour des fins de contrôle de l'activité du travail provient d'un contexte d'une forme nouvelle d'organisation de la société mondiale appelée société de l'information.

On fera, en conséquence, de brèves incursions dans la sociologie, nous voulons désigner les principales caractéristiques de la « société de l'information », ainsi

⁸¹⁶ Comme il est enregistré, par exemple, dans le « Livro Verde para a Sociedade da Informação », ébauché par le gouvernement du Portugal, <http://www.missao-si.mct.pt>.

⁸¹⁷ Au moins dans la bibliographie consultée dans cette thèse, notamment : José de Oliveira Ascensão, *Direito da sociedade da informação*, (Coimbra : Coimbra Editora, 2002), 167, Manuel Castells, *A sociedade em rede* (São Paulo : Paz e Terra, 2003) Fernández Villarino, "la aplicación de los medios telemáticos em las relaciones de trabajo. Tratamiento jurídico vigente, in derecho y conocimiento." *Derecho y conocimiento*, 2 (2005) : 39, Garcia Marques e Lourenço Martins, *Direito da informática* (Coimbra : Almedina, 2006) 42-43 ; Nicolas Curien, Pierre-Alain Muet, *La société de l'information*, (Paris : La documentation française, 2004). Armand Mattelart, *História da sociedade da informação* (São Paulo : Edições Loyola, 2002).

⁸¹⁸ Voir, par exemple, Armand Mattelart, *Histoire de la société de l'information*, 63 et ss. L'auteur conte, par exemple, que dans les années 1970, « la référence à la « société de l'information » s'impose subrepticement dans 15 organismes internationaux ». Dans le même sens, en se rendant compte que l'expression est largement diffusée, Simioni observe que « de nombreux gouvernements et de nombreuses organisations internationales ont produit des discours sur la société de l'information. On peut dire que ces discours ont pris une dimension internationale, non seulement parce qu'ils abordent inévitablement la question de la mondialisation ou de la globalisation, mais surtout parce qu'ils proviennent du monde entier (Brésil, Japon, Union européenne, États-Unis mais aussi Afrique) et que des organisations comme l'OCDE, l'UNESCO, la CEA et beaucoup d'autres font de cette question une de leurs priorités. » Olivier Simioni, "Un nouvel esprit pour le capitalisme : la société de l'information ?," 81

nommée, et sa définition (A), comme également les nouveaux dangers pour la vie privée qui lui sont associés (B).

A. Définition de la Société de l'information

L'ère de l'information a été pressentie dans les centres technologiques des États Unis et du Japon dans les années 1980, grâce à l'explosion de l'industrie de la computation⁸¹⁹. En 1993, le monde prend connaissance de l'expression société de l'information, utilisée pour la première fois en caractère officiel, par le Président de la Commission Européenne de l'époque, Jacques Delors, au Conseil de l'Europe de Copenhague, pour définir l'utilisation croissante de la technologie de l'information dans le but de renforcer l'économie, d'améliorer la prestation des services publics et de développer la qualité de vie des citoyens⁸²⁰.

L'expression société de l'information définit une nouvelle forme d'organisation sociale⁸²¹, politique et économique qui appelle à l'utilisation intensive des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication⁸²² pour fin de collecte, de production, de traitement, de transmission et de stockage d'informations⁸²³.

⁸¹⁹ Christiano German, *O caminho do Brasil rumo à era da informação*, (São Paulo : Konrad Adenauer, 2000), 16.

⁸²⁰ Comme en attestent Garcia Marques et Lourenço Martins, *Direito da informática* (Coimbra : Almedina, 2000), 42-43.

⁸²¹ On peut douter que l'expression société de l'information définisse une nouvelle forme d'organisation sociale, car, à proprement dire, le monde continue d'être organisé selon le mode de production capitaliste. Il y a création d'un nouveau paradigme, considérant le fait de l'information, d'avoir par elle-même assumé une plus grande importance dans la génération de richesses, en utilisant la technologie de l'information comme mécanisme facilitateur de sa génération, de son traitement, de sa transmission et de toute espèce de traitement. Ainsi, malgré le fait que l'information et la technologie de l'information aient assumé une position en vue dans ce nouveau scénario, étant configurées comme de véritables marchandises, elles n'ont pas modifié intrinsèquement les relations économiques entre les divers acteurs sociaux, dynamisant à peine le mode déjà connu de production capitaliste. Dans ce sens, Maria Luisa Fernández Esteban, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, (Madrid : McGraw Hill, 1998), XIX.

⁸²² Manuel Castells se réfère aux NTIC utilisant le terme *technologie de l'information*, considérant comme telle « la micro-électronique, la computation (software et hardware), les télécommunications, l'opto-électronique, l'ingénierie génétique et tous les processus technologiques soudés par une interface et un langage commun, dans laquelle l'information est générée, stockée, récupérée, traitée et transmise. » Manuel Castells, *A sociedade em rede* (São Paulo : Paz e Terra, 2003), 67.

⁸²³ William H. Dutton rappelle que dans les années 1970, le sociologue américain a défini la société de l'information comme une société où l'information était le moyen qui identifiait la société et constituait une nouvelle phase du développement économique. La technologie principale de cette nouvelle ère en serait le repli, le stockage, le traitement, la communication et les corrélations de la société. William H. Dutton, *Social Transformation in an information society : rethinking access to you and the world* (Paris : Unesco, 2004), 23.

Information consiste en une donnée⁸²⁴ ou en un ensemble de données traitées ou non dans un support quelconque, capable de produire de la connaissance. Dans ce sens, donc, information peut être une image, un son, un document physique ou électronique ou même une donnée isolée. L'information contient en elle-même le principal actif de la société de l'information, ou autrement dit, sa propre richesse, étant indispensable au déroulement d'une activité quelconque- ce qui explique la nomenclature attribuée par la doctrine à cette nouvelle forme d'organisation sociale, politique et économique. Le travail, l'éducation, la santé, le loisir, la politique, l'économie, tout dépend de l'information. Après la survalorisation de la terre à l'époque de la révolution agricole et la prédominance des biens de production à la révolution industrielle, ce qui prévaut maintenant est l'information⁸²⁵.

En qualité de matière-première principale de ce nouveau modèle capitaliste, l'information s'impose comme condition déterminante pour le développement économique et culturel de la société, de là l'utilisation intensive de la technologie de l'information- comme mécanisme facilitateur de la collecte, de la production, du traitement, de la transmission et du stockage- ce qui a pour conséquence des changements dévastateurs dans le monde⁸²⁶.

On prétend vivre aujourd'hui la révolution de la technologie de l'information, phénomène qui, même s'il démontre une importance semblable à celle de la révolution

⁸²⁴ Donnée est définie comme « 1. Ce qui est connu ou admis comme tel, sur quoi on peut fonder un raisonnement, qui sert de point de départ pour une recherche (surtout pluriel) : Les données actuelles de la biologie. 2. Idée fondamentale qui sert de point de départ, élément essentiel sur lequel est construit un ouvrage : les données d'une comédie. 3. Renseignement qui sert de point d'appui (surtout pluriel) : Manquer de données pour faire une analyse approfondie. 4 Représentation conventionnelle d'une information en vue de son traitement informatique. Dans un problème de mathématiques, hypothèse figurant dans l'énoncé. Résultats d'observations ou d'expériences faites délibérément ou à l'occasion d'autres tâches et soumis aux méthodes statistiques. » "Dictionnaire Larousse en ligne." Disponible sur : Accédé le 30/12/2016. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁸²⁵ Dans ce sens, Mercader Uguina, *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información* (Valladolid : Editorial Lex Nova, 2002), 11.

⁸²⁶ Hermínia Tomé expose les effets de la révolution technologique comme didactique : « le développement et l'universalisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, même s'ils provoquent une révolution technique dans l'état de la science, n'en finissent pas avec ses effets. Son impact est également culturel, économique, légal et social [...]. Le caractère universel venant de la plus grande accessibilité à ces moyens durant les dernières années, ajouté au propre développement de nouvelles Technologies, a fait que l'informatisation de la société, déjà annoncée depuis la fin des années soixante-dix, était devenue une réalité qui se concrétisait en une nouvelle forme d'organisation sociale. Ce phénomène a engendré une révolution qui, dans l'opinion de certains, aura une incidence comparable à celle qu'eut la révolution industrielle il y a un siècle. Les nouvelles technologies configurent l'information comme une des valeurs fondamentales de notre société. Nous marchons d'une forme de vie axée sur les biens physiques vers une autre centrée sur la connaissance et sur l'information. » Hermínia C. Tomé, *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información* (Madrid : Tecnos, 2000), 19-20.

industrielle du XVIII siècle, la dépasse de façon exponentielle, car il induit à tous et à tout une discontinuité standard dans les bases matérielles de l'économie, de la société et de la culture et, différemment d'une autre révolution quelconque, il déstabilise, dans sa plus grande amplitude, les domaines de la vie, non comme source exogène d'impact, mais en tant qu'élément nucléaire d'un tissu qui, à partir de cet élément destitué, ne parvient déjà plus à se développer⁸²⁷. En outre, contrairement aux autres révolutions ayant eu lieu dans une zone géographique limitée de la planète, comprenant une lente expansion vers d'autres régions, cette révolution s'est diffusée rapidement dans tout le globe en moins de deux décennies, ayant, donc, des effets globaux⁸²⁸.

Dans ce sens, la société de l'information colle bien avec les marques vigoureuses du progrès, par le renforcement des sciences, spécialement de la technologie ; par la substitution de l'information au capital et au travail, comme ressource stratégique de l'économie, et par l'expansion des risques de base technologique⁸²⁹. Elle s'impose comme société dont les valeurs immatérielles, telles que les données, l'information, la connaissance scientifique et technologique, constituent la force motrice de la formation et du développement social. Malgré le fait que certains spécialistes voient dans cette nouvelle organisation sociale une occasion historique pour la réalisation des droits de la citoyenneté, spécialement de la liberté d'expression, ce qui s'est vu dans la majorité des études et des rapports, à l'exception peut-être de quelques pays scandinaves, c'est un aggravement du risque que les inégalités sociales ne s'amplifient, de par les conditions d'accès ou non à l'information, ce qui augmente le fossé entre les classes sociales plus pauvres et les économiquement favorisés; en dehors du fait de représenter un danger de renforcement de la vigilance de la part des appareils d'État⁸³⁰ ou de particuliers sur les individus⁸³¹.

⁸²⁷ Dans ce sens, Abel Tellez Aguilera, *Nuevas tecnologías, intimidación y protección de datos, con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999* (Edisofer : Madrid, 2001), 21-22.

⁸²⁸ Dans ce sens, Manuel Castells, *A sociedade em rede* (São Paulo: Paz e terra, 2003), 67-70.

⁸²⁹ Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da informação: novos direitos e modos de regulamentação na sociedade da informação* (Coimbra : Almedina, 2003), 27-29.

⁸³⁰ « On entend par appareils d'État, connus aussi comme appareils idéologiques d'État, la super-structure de pouvoir intégrée par des institutions distinctes et spécialisées comme l'église, l'école, la famille, la presse et l'État, proprement dit. » V. Louis Althusser, *Aparelhos ideológicos do Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos*, (Rio de Janeiro : Edições Graal, 1985), 68.

⁸³¹ Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação: novos direitos e modos de regulação na sociedade da informação*, 30-32.

B. Caractéristiques de la société de l'information et nouveaux dangers pour la vie privée

Le droit à la vie privée, consacré depuis le XVI^e siècle dans le droit des Etats Occidentaux, et actuellement prévu dans la Constitution Fédérale du Brésil, se traduit par une garantie essentielle pour le plein développement de l'individu et dans l'exercice, serein, de la liberté de conscience, de croyance et d'expression. C'est seulement à l'abri de ce manteau protecteur que la personne pourra se défaire de son égo, abandonner les masques imposés par la société, explorer librement son monde intime. L'évolution technologique a pourtant apporté des changements dans les rapports sociaux, lesquels ont rendu insuffisante la protection juridique traditionnelle de la vie privée afin que son efficacité soit garantie. Prenant en compte les divers effets de l'avance technologique, *Manuel Castells* nous indique les deux principales caractéristiques de la société de l'information (1), lesquelles si combinées, créent de nouveaux risques pour la vie privée (2).

1) Principales caractéristiques de la vie privée dans la société de l'information

Synthétisant son analyse sur les effets de ce qu'il nomma d'Ère de l'information, Manuel Castells soutient que nous sommes en route vers une société informationnelle et globale : informationnelle car « la productivité et la compétitivité des agents économiques dépend, fondamentalement, de sa capacité de générer, d'organiser et d'utiliser de forme efficiente l'information basée sur la connaissance, » et globale « parce que le noyau principal des activités de production, consommation et circulation, tout comme ses composantes (le capital, le travail, les matières-premières, la gestion, l'information, la technologie, les marchés) sont organisés à l'échelle globale, directement à travers des réseaux de connexion entre les agents économiques⁸³² ». Pour l'auteur, donc, les principales caractéristiques de la société de l'information- en rapport avec les changements dans la vie privée des individus- constituent (i) le caractère global des

⁸³² Manuel Castells, *A sociedade em rede*, 115.

transformations; et (ii) l'impérieuse nécessité du traitement de l'information par les entreprises comme conditions de la compétitivité.

i. Transformations à l'échelle globale

Conformément à ce qui a déjà été exposé, la caractéristique de base de la société de l'information met l'accent sur le fait que l'information agit comme la matière-première par excellence du développement social, politique et économique.

Toute avancée technologique se projette autant par la recherche d'une gestion plus efficiente des informations déjà disponibles que par la nécessité de développement des communications, afin qu'un plus grand nombre d'informations soient disponibles et transmises entre les différents acteurs. D'un autre côté- comme dans une relation symbiotique- la technologie ajoute plus de valeur à l'information⁸³³.

Selon certains auteurs, l'information assume actuellement, face au capitalisme, la position que le pétrole détenait au début du siècle dernier⁸³⁴. Pourtant, l'information ne prétend pas vouloir substituer d'anciennes ressources, mais seulement altérer l'ancien mode de production de richesses⁸³⁵. Aujourd'hui, la ligne de production est faite de forme claire, et, en particulier, le domaine du marketing- du fait de l'augmentation de la concurrence- demande un plus grand nombre de professionnels aptes non seulement à la collecte, mais aussi à l'analyse des informations, facteur essentiel pour une garantie de succès dans cette nouvelle phase de développement économique⁸³⁶.

⁸³³ D'après Maria Eduarda Gonçalves, « le développement technologique a transformé, une fois pour toutes, la performance de l'information au sein des diverses activités humaines et sociales: il ne fait aucun doute que ce fut le développement de l'ordinateur, grâce à sa capacité de traitement et de rétention de vastes quantités d'informations, et du système de communication qui ont transformé le rôle de l'information, qui n'était qu'auxiliaire, en un rôle central dans les diverses activités humaines et sociales. Les ordinateurs modifient toute information dans un format digital que les réseaux de télécommunications transmettent aux différents appareils d'ordinateur. L'information nous arrive sous diverses formes aux contenus différents. Dans le contexte de la société de l'information et étant donnée l'utilisation des nouvelles technologies, des formes novatrices de traitement de l'information ont permis d'organiser et de présenter dans des formats différents une plus grande quantité de données et/ou de connaissances [...] Dans une économie de marché, l'information peut être l'objet de produits transactionnels ou de services. À l'exemple des premiers nous avons les éditions professionnelles spécialisées, les bases de données ; à l'exemple des seconds, les services d'accès-Internet et à l'information en ligne. » Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da informação: novos direitos e modos de regulamentação na sociedade da informação* (Coimbra : Almedina, 2003), 17-19.

⁸³⁴ Gonçalves, *Direito da Informação*, 17-18.

⁸³⁵ Reg Whitaker, *El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad* Tradução de Luis Prat Clarós (Barcelona : Paidós, 1999), 91.

⁸³⁶ Alexandre Dias va jusqu'à affirmer que si l'information s'annonce comme le nouveau "pétrole", les bases de données publiques se présentent comme étant sa principale "sépulture". Alexandre D. Pereira, *Direito da sociedade da informação* (Coimbra : Coimbra Ed., 2002), 246-254.

De fait, cette avancée extraordinaire de l'infrastructure de la communication se doit avant tout à l'arrivée de l'internet. Le réseau rend possible l'échange d'informations de manière étonnamment simple, rapide et avec pleine interactivité entre les terminaux. Tandis que le service de radiodiffusion est basé sur la transmission d'informations d'un émetteur vers plusieurs destinataires sans aucune interactivité⁸³⁷, et que le service téléphonique restreint la transmission d'informations d'un seul émetteur vers un seul destinataire seulement ; l'internet permet l'échange d'information d'une grande quantité d'utilisateurs avec beaucoup d'autres en même temps, et en totale interactivité, ce qui révolutionne tout le système de communication⁸³⁸.

L'internet constitue l'une des soi-disante « autoroute de l'information⁸³⁹ », autrement dit, des moyens de communication de masse qui ont outrepassé les frontières nationales et composent un réseau mondial. Les réseaux locaux s'entre-connectent jusqu'à former des réseaux nationaux. Les réseaux nationaux s'unissent à leur tour pour former un réseau international qui, en se multipliant, donne corps à l'infrastructure globale d'information⁸⁴⁰. L'ensemble intégré par l'infrastructure globale d'information (internet) est dénommé « cyber espace⁸⁴¹ », étant donné l'univers formidable d'informations qu'il abrite, et par les utilisateurs, scientifiques et techniciens responsables de son entretien et de son développement. Le *web*, principale expression du cyber espace, diffère des autres moyens de communication de masse par son intangibilité et par sa structuration décentralisée, ce qui rend possible la communication de tous vers tous et permet également l'ample accès aux informations à l'échelle globale, rompant les barrières du temps et de l'espace⁸⁴².

Ainsi, dans la société de l'information on n'établit point de frontières physiques, tracées au niveau juridique, politique et territorial ; le flux d'informations est intense et transnational. Face à la difficulté d'avoir des limites géographiques tracées dans le monde virtuel, la souveraineté des États elle-même s'affaiblit, lesquels n'arrivent plus à réguler ni à contrôler de manière individualisée les services de communication. Les

⁸³⁷ Remarquons, cependant, que l'implantation de la Télé digitale prétend agréger l'interactivité au service de la radio-diffusion.

⁸³⁸ João O. Ascensão, *A sociedade da informação. Direito da sociedade da informação* (Coimbra: Coimbra Ed., 1999), 164.

⁸³⁹ L'expression a été utilisée par Ascensão, *A sociedade da informação*, 165.

⁸⁴⁰ Ascensão, *A sociedade da informação*, 165.

⁸⁴¹ Pierre Levy, *Cybercultura* (São Paulo : Éditeur 34, 1999), 17.

⁸⁴² Dans ce sens, T. Friedman, *Uma breve história do século XXI* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2005), 176-180. A propos de la fragmentation de la souveraineté des Etats, v. Tarin C. F. Mont'Alverne, Fernanda Castelo Branco et Gustavo F. Meireles, *Soberania, fragmentação e pluralismo jurídico*, (São Paulo : Cia do ebook, 2015).

États se voient d'ores et déjà inertes, empêchés d'éviter, de manière isolée, les effets produits par la nouvelle infrastructure globale d'information⁸⁴³.

ii. Traitement de l'information par les entreprises comme condition pour la compétitivité et la productivité

Derrière ce développement scientifique et technologique, est apparue une nouvelle économie nommée par Manuel Castells économie informationnelle globale, dans le but d'identifier ses caractéristiques fondamentales et de relever son interconnexion⁸⁴⁴. Comme on l'a vu, c'est informationnel puisque la productivité tout comme la compétitivité, d'entreprises ou bien de nations, dépendent en gros de la capacité respective de produire, d'organiser et d'appliquer de manière efficiente les informations et de générer des connaissances.

Cette excessive valorisation de l'information du fait d'elle-même dans l'économie informationnelle, une alliée globale face à la force du marché œuvrant pour une plus grande productivité, a permis que les entreprises - organisées en réseau - sondent d'une manière extrême l'intimité et la vie privée de leurs clients, chassant des informations personnelles pour, ainsi, personnaliser le marketing et allouer une plus grande efficacité aux services offerts⁸⁴⁵.

Actuellement, la sécurité de l'information est mise en pratique dans le secteur privé- pour garantir la continuité des affaires, minimiser les risques et maximiser les

⁸⁴³ Au sujet du caractère déterritorialisant du cyberspace et sur l'affaiblissement de la souveraineté des États, Pierre Lévy expose : « De fait, le cyberspace est déterritorialisant par nature, tandis que l'État moderne repose, surtout, dans la notion de territoire. À travers le réseau, des biens informationnels (programmes, données, informations, oeuvres de toutes sortes) peuvent aller instantanément d'un point à l'autre de la planète digitale sans en être empêchés par un type quelconque de contrôle douanier. Les services financiers, médicaux, juridiques, d'éducation à distance, de conseil, de recherche et de développement, de traitement de données peuvent aussi être réalisés auprès de ces régions par des entreprises ou des institutions étrangères (ou vice versa) de forme instantanée, efficace et pratiquement invisible. L'État perd ainsi le contrôle d'une partie de plus en plus importante des flux économiques et informationnels transfrontaliers. En outre, les législations nationales ne peuvent être appliquées qu'à l'intérieur des frontières des États. Toutefois, le cyberspace permet que les lois sur l'information et la communication (censure, droits d'auteurs, associations interdites, etc) puissent être contournées de manière très simple. De fait, il suffit qu'un centre distributeur qui envoie ou organise la communication interdite soit installé dans un quelconque "paradis informatique", aux antipodes ou à l'autre bout de la frontière, pour qu'il se trouve en dehors de la juridiction nationale. Comme les individus d'un État peuvent se connecter à n'importe quel ordinateur du monde, pourvu qu'ils soient connectés au réseau téléphonique, c'est comme si les lois nationales sur l'information et la communication devenaient inapplicables. » Pierre Lévy, *Cybercultura* (São Paulo : Éditeur 34, 1999), 204.

⁸⁴⁴ Manuel Castells, *A sociedade em rede* (São Paulo : Paz e terra, 2003), 119.

⁸⁴⁵ Castells, *A sociedade em rede*, 119.

investissements- comme dans le secteur public- spécialement afin de garantir la disponibilité et l'intégrité des documents publics, pour contrôler l'accès aux informations secrètes et pour augmenter les activités de gouvernance électronique.

Comme l'expose Manuel Castells, pour la première fois dans l'histoire, l'unité de base de l'organisation économique n'utilise plus le sujet individuel (entrepreneur ou famille entrepreneuriale), ni le collectif (classe capitaliste, entreprise ou État), l'unité sert aujourd'hui un réseau d'entreprises, formé par des organisations de différentes cultures qui changent chaque instant, à mesure que la technologie se développe. Il se forme ainsi une scission entre des entreprises « riches en information et des entreprises pauvres en information⁸⁴⁶ ».

Les corporations utilisent le réseau comme principal moyen de communication et de traitement de l'information, ce qui transforme la pratique entrepreneuriale. En outre, surgissent les entreprises appelées point com (entreprises.com) - des groupes privés responsables de l'infrastructure internet ; pour la fourniture des chaînes de communication ; pour la fabrication des équipements et des programmes d'ordinateur ; pour des conseils dans la technologie de l'information; pour la prestation de services de confection de sites et de portails; pour le commerce électronique; et pour la publicité sur la toile⁸⁴⁷ ; et pour la surveillance de l'activité de production, visant une plus grande efficacité.

On notera que, encore pour cette nécessité de compétitivité et de production, la gestion la plus efficace des informations est employée par l'entreprise non seulement dans des aspects liés au processus de production, mais aussi pour rechercher une plus grande efficacité et contrôle dans l'organisation du travail. Elle profite donc désormais des nouvelles technologies comme instrument de contrôle de la performance au travail.

En outre, l'initiative privée recherche dans le secteur public les types les plus divers d'informations, ce qui fait surgir la préoccupation sur la nécessité de se « limiter à gérer l'utilisation des informations⁸⁴⁸ » constantes dans les banques de données publiques, sachant que de telles mesures produiront des réflexes directs dans l'économie, la politique et la société. Cette nécessité de promouvoir une gestion plus performante des informations fait apparaître une nouvelle spécialité nommée sécurité de l'information. Il

⁸⁴⁶ Castells, *A sociedade em rede*, 257-258.

⁸⁴⁷ Castells, *A sociedade em rede*, 191-192.

⁸⁴⁸ Alexandre D. Pereira, *Bases de dados de órgãos públicos* (Coimbra : Coimbra Ed., 2002), 246-254.

s'agit du domaine responsable pour assurer la disponibilité, l'intégrité, l'authenticité et la confidentialité des informations⁸⁴⁹.

2) Des nouveaux risques pour la vie privée

Dans ce contexte, un conflit apparaît dans l'espace de la politique de super valorisation de l'information comme mécanisme de création de richesses, conduisant à une possible guerre informationnelle. Le premier est celui des interdits virtuels, qui peuvent permettre la fuite d'informations personnelles ; le second, celui de l'ajout de la surveillance.

Pour ce qui est des interdits virtuels, la capacité d'obtention d'une information critique, contaminer des banques de données ou dévaster des systèmes-clés de communication devient une arme dans ce nouveau contexte technologique. Plus un gouvernement et une société dépendent de leur réseau de communications, plus grande sera leur exposition à des attaques de *hackers*⁸⁵⁰, de *crackers*⁸⁵¹, et d'organisations criminelles. L'incidence de ce qu'on appelle cybercrimes augmente donc, autrement dit des crimes commis dans un milieu électronique. En dehors des attaques à des infrastructures critiques et aux systèmes informatisés des organismes de défense, les actes illicites deviennent chaque fois plus fréquents en milieu digital et sont matérialisés autant par leur accès indu à des informations stockées dans des banques de données ou transmises au moyen de systèmes informatisés, que par l'altération de données stockées dans des banques de données ou transmises par des systèmes de communication électronique; sans parler de la falsification d'identité et de données; des fraudeurs électroniques; de la pornographie infantile; du racisme et de la xénophobie ; de l'attentat

⁸⁴⁹ Par disponibilité on comprend la possibilité d'accès et l'utilisation opportunes d'informations de la part d'individus et de systèmes autorisés. Intégrité signifie que l'information n'a pas été modifiée, non plus quant à son origine ni à son destin. Authenticité veut dire que l'information a été produite, expédiée, reçue, modifiée ou détruite par tel individu ou système ; confidentialité, quant à elle, signifie l'accès ou la divulgation restreintes, autrement dit, le secret. Dans ce sens, Castells, *A sociedade em rede*, 257-258.

⁸⁵⁰ Le *hacker* est celui qui pénètre dans des systèmes informatisés sans autorisation. Dans ce sens, Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação: notas práticas, legislação e jurisprudência* (Lisboa : Quid Juris, 2004),1035.

⁸⁵¹ *Craker* est celui qui entre dans des systèmes informatisés sans autorisation dans le but d'altérer ou de faire disparaître des données. Dans ce sens, Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*,1032.

à la propriété intellectuelle et aux droits qui lui sont corrélés ; aux préjudices pour diffusion de virus ; à l'invasion de la vie privée; et à la violation du secret industriel⁸⁵².

Quant au danger de renforcement de la surveillance de la part des appareils d'État et de particuliers envers des particuliers, Manuel Castells observe que la technologie de l'information devrait être utilisée pour renforcer les démocraties, amplifiant la participation des citoyens dans la gestion des ressources publiques. Au lieu que les gouvernements utilisent internet pour surveiller les citoyens⁸⁵³, et que les entreprises surveillent les travailleurs, les gens devraient utiliser le réseau pour surveiller les gouvernements- ce qui, de fait, représente un droit pour ces individus. C'est à partir de ces changements, en particulier pour celui de l'accroissement de la surveillance, que l'on a commencé à vérifier que la protection traditionnelle de la vie privée est devenue insuffisante.

Il est à partir de ces changements, en particulier la surveillance accrue de laquelle on a commencé à se rendre compte, que la protection traditionnelle de la vie privée est devenue insuffisante, nécessitant de nouvelles frontières juridiques pour assurer sa protection effective, non seulement sous l'aspect de la vie privée physique, de protection à la maison et de la confidentialité des correspondances, mais sous l'aspect de protection des données personnelles.

Si le droit fondamental à la vie privée dans sa vision traditionnelle ne répond plus à la protection efficace devant la société de l'information, il ne servira pas non plus de limite pour le pouvoir de contrôle de l'employeur lorsque ce pouvoir est exercé à travers des nouvelles technologies d'information et de communication.

§ 2^o l'impact des NTIC dans les pouvoirs de l'employeur

La surveillance a été toujours liée – même en dehors des limites du travail – à l'exercice du pouvoir. Dans la société de l'information, cependant, avec l'importance

⁸⁵² Selon Bruce Schneier, chercheur et consultant dans le domaine de la sécurité, les menaces du monde virtuel reflètent les menaces du monde réel : fraude, vol, invasion de la vie privée, extorsion, pornographie infantile, jeux, larcins, préjudices matériels et moraux, enfin, tout ce qui arrive dans le monde analogique peut arriver dans le monde digital. Bruce Schneier, *Segurança.com: segredos e mentiras sobre a proteção na vida digital* (Rio de Janeiro: Campus, 2001), 33.

⁸⁵³ L'auteur défend, par exemple, que les gouvernements devraient disponibiliser sur la toile un ample spectre d'informations non-secrètes de l'intérêt de la collectivité, ouvrir une chaîne de sollicitation de services publics et permettre une communication aisée entre le peuple et ses représentants Manuel Castells, *A sociedade em rede*, (São Paulo : Paz e terra, 2003), 191-192.

croissante des informations dont ils disposent et avec les possibilités que les instruments technologiques offrent de capturer, stocker et traiter des données, le pouvoir de celui qui a la prérogative de surveiller est amplifié de façon inusitée. Ce changement de fait s'est reflété dans les relations de travail, classiquement développées à travers l'exercice du pouvoir (de contrôle) compte tenu que les possibilités d'exercice de surveillance et de contrôle de l'employeur ont été élargies de façon inusitée à partir des outils technologiques qu'on a été capable d'utiliser pour les appliquer à cette fin, ce qui a généré un déséquilibre dans les pouvoirs de travail, en particulier dans le pouvoir de contrôle.

A. Le pouvoir et la surveillance dans la société de l'information

La relation entre le pouvoir et la surveillance transcende les relations de travail. L'histoire de l'humanité expose l'exercice du pouvoir disciplinaire qui est incarné dans la manipulation et l'utilisation de l'information au profit de certaines élites en mesure de les traiter et stocker, ce qui rend ces dépôts en sources sûres de surveillance, répression et contrôle des individus. Ce modèle remonte aux monastères médiévaux et à l'Église qui, tout en dominant l'écriture, ont développé des fichiers non seulement sur l'orientation religieuse mais aussi sur les habitudes, croyances, pratiques et coutumes des communautés qui menaçaient leur pouvoir⁸⁵⁴.

Les dossiers de l'Inquisition ne montrent rien de plus que des narratives détaillées sur l'orientation sexuelle et intellectuelle, la santé, l'ascendance et la descendance, le cercle d'amitiés et les coutumes des individus. La sophistication acquerrait ces formes de pratiques du croisement des informations, en particulier par rapport à ceux qui sont considérés « hérétiques⁸⁵⁵ », ce qui montre que les persécutions et les procès par les tribunaux ne s'effectuaient pas au hasard. Au XIX^e siècle cette invasion de la vie privée, depuis longtemps ancrée dans les organisations religieuses, a été adoptée également par les États, qui organisaient ses premiers dossiers pour exercer ses pouvoirs disciplinaires⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ Jean-Emmanuel Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC* (Paris : Editions Liaisons; 2001), 434.

⁸⁵⁵ Francisco Eduardo Orcioli Pires et Albuquerque Pizzolante, *Habeas data e bancos de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002), 51-53.

⁸⁵⁶ Francisco Eduardo Orcioli Pires e Albuquerque Lizzolante, *Habeas data e banco de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002), 51-53.

La relation entre surveillance et pouvoir est directement proportionnelle : plus grandes les possibilités de surveillance et accumulation et de traitement d'informations, plus ciblé sera le pouvoir. Pour compléter ces brèves – mais nécessaires – incursions dans des sujets étrangers au droit pour sensibiliser la communauté juridique brésilienne sur le sujet en question, nous allons examiner la relation entre surveillance et pouvoir dans la pensée de Michel Foucault (1) pour démontrer la mesure que le pouvoir de contrôle prend dans la société de l'information (2).

1) *La relation entre surveillance et pouvoir*

En études, en particulier dans *Surveiller et punir*⁸⁵⁷, publié en 1975, Foucault décrit comment exercer le pouvoir disciplinaire et quelles sont les conséquences de ce mécanisme pour l'individu et pour la communauté – une question d'une grande importance pour la compréhension de la relation entre surveillance et pouvoir. Il est rélevant de mettre les objectifs de la discipline dans sa théorie de microphysique du pouvoir⁸⁵⁸ pour renforcer les arguments juridiques qui vont suivre dans cette thèse.

Foucault fait valoir que le but de la discipline a poursuivi l'objectif de rendre le corps plus obéissant et plus utile grâce à une politique de coercition et de manipulation du comportement humain. La discipline était nécessaire en tant que mécanisme utilisé pour contrôler le corps de façon minutieuse tout en imposant une relation de docilité-utilité. Ainsi, elle avait pour but de réduire la force politique et de maximiser l'utilité de l'individu. Les usines, écoles, hôpitaux, cliniques psychiatriques et prisons étaient structurés et, comme logique de fonctionnement, seraient définis par des techniques disciplinaires⁸⁵⁹. La discipline serait exercée à l'aide de petites astuces, arrangements subtils, dispositifs qui cherchaient à imposer la contrainte sans montrer la gravité du contrôle. Il y avait un calcul de l'infiniment petit, la description des caractéristiques les plus ténues des individus. Enfin, la discipline s'imposait comme une anatomie politique du détail, elle faisait partie de la microphysique du pouvoir⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ Michel Foucault, *Surveiller et punir : la naissance de la prison* (Paris : Gallimard, 1975).

⁸⁵⁸ Idée développé dans Foucault, *Surveiller et punir : la naissance de la prison*, 29-35.

⁸⁵⁹ Antônio C. Maia, "Sobre a analítica do poder de Foucault," *Tempo Social – Revista da Universidade de São Paulo*, 7 (1995) : 93-94.

⁸⁶⁰ « Il s'agit en quelque sorte d'une microphysique du pouvoir que les appareils et les institutions mettent en jeu, mais dont le champ de validité se place en quelque sorte entre ces grands fonctionnements et les corps eux-mêmes avec leur matérialité et leurs forces. Or l'étude de cette microphysique suppose que le

En se référant à des expériences passées, Foucault décrit que, pendant des siècles, les ordres religieux se sont démarqués en tant que maîtres de la discipline en surveillant le rythme et le temps. Au XIX^e siècle, cependant, le contrôle en relation au temps a été porté aux écoles. On a essayé de construire un temps complètement utile en annulant tout ce qui pourrait déranger et distraire l'élève des études. Le temps mesuré et payé aux employés devrait aussi être de bonne qualité et donc on aurait besoin de les surveiller dans les ateliers et les usines⁸⁶¹. Ainsi, dans l'environnement de travail, le contrôle est devenu intense et continu tout au long du processus de travail. On ne se limitait plus au processus de production. Le comportement des employés devrait être également surveillé. Il est devenu nécessaire d'entraîner un personnel spécialisé dans « l'art de châtier⁸⁶² ». La surveillance a obtenu le statut de l'opératrice économique dans la mesure où elle est devenue essentielle dans l'appareil de production et dans l'engrenage du pouvoir disciplinaire.

Au Moyen Age, le pouvoir de l'État fonctionnait essentiellement à travers des symboles et honoraires sous forme d'impôts, pillage et guerres. Au fil du temps, il est devenu plus complexe, en se structurant sur une « technologie de contrôle » sur les corps. La discipline a commencé à fonctionner comme un réseau qui enjambait les corps ; un instrument ou un mécanisme de pouvoir de l'État. Les individus devraient se regrouper dans l'espace des environnements de leurs activités de routine, en exerçant un contrôle qui n'était plus lié à leur passé, mais à leur avenir, à savoir, le comportement encore en développement⁸⁶³.

Ce changement dans la forme d'exercice du pouvoir par l'État a produit des effets jusque dans l'environnement de la criminalité. La soi-disante « criminalité de

pouvoir qui s'y exerce ne soit pas conçu comme une propriété, mais comme une stratégie, que ses effets de domination ne soient pas attribués à une « appropriation », mais à des dispositions, à des manœuvres, à des tactiques, à des techniques, à des fonctionnements; qu'on déchiffre en lui plutôt un réseau de relations toujours tendues, toujours en activité plutôt qu'un privilège qu'on pourrait détenir ; qu'on lui donne pour modèle la bataille perpétuelle plutôt que le contrat qui opère une cession ou la conquête qui s'empare d'un domaine. » Foucault, *Surveiller et punir*, 32.

⁸⁶¹ Foucault, *Surveiller et punir*, 176.

⁸⁶² « Déplacer l'objectif et en changer l'échelle. Définir de nouvelles tactiques pour atteindre une cible qui est maintenant plus ténue mais aussi plus largement répandue dans le corps social. Trouver de nouvelles techniques pour y ajuster les punitions et en adapter les effets. Poser de nouveaux principes pour régulariser, affiner, universaliser l'art de châtier. Homogénéiser son exercice. Diminuer son coût économique et politique en augmentant son efficacité et en multipliant ses circuits. Bref, constituer une nouvelle économie et une nouvelle technologie du pouvoir de punir : telles sont sans doute les raisons d'être essentielles de la réforme pénale au XVIII^e siècle. » Maia, *Sobre a analítica do poder de Foucault*, 92.

⁸⁶³ Maia, *Sobre a analítica do poder de Foucault*, 95-96.

sang⁸⁶⁴ » a été progressivement remplacée par la « criminalité de fraude⁸⁶⁵ ». Le développement de la production, l'augmentation des richesses, la plus grande valorisation juridique de la propriété, les actions plus étroites de surveillance de la population, l'avènement des techniques plus modernes de découverte et la saisie d'informations, tout cela a conduit au déplacement de la criminalité de la mort à celle de la supercherie. La violence physique sur les corps a progressivement refroidi tandis que la criminalité augmentait de plus en plus les bords et les marges, réservée à un groupe de professionnels bien entraînés et expérimentés en fraudes⁸⁶⁶.

Dans ce contexte, il est devenu nécessaire de mettre en œuvre une nouvelle méthode de surveillance par l'État. L'appareil disciplinaire provenant des organisations religieuses a été retravaillé. On a construit des observatoires humains capables, en un seul coup d'œil, de tout voir en permanence : « œil parfait auquel rien n'échappe et centre vers lequel tous les regards sont tournés⁸⁶⁷ ».

Michel Foucault était déjà préoccupé par les effets que les innovations technologiques pourraient exercer sur les techniques de surveillance. La technologie, ainsi que la physique et la cosmologie, préparait en sourdine une nouvelle connaissance au sujet de l'homme sur lequel des mécanismes d'assujettissement de plus en plus s'accumulaient⁸⁶⁸. Pour illustrer la potentialité que la technologie peut apporter aux techniques de surveillance – et donc l'exercice du pouvoir – le philosophe français se fonde sur une comparaison avec un modèle architectonique de prison conçu au XVIII^e siècle pour faciliter la surveillance des détenus et appelé modèle panoptique de prison⁸⁶⁹. Le principe panoptique consisterait à construire sur la périphérie du bâtiment un anneau et, au centre, une tour, afin d'assurer une surveillance constante⁸⁷⁰.

⁸⁶⁴ Michel Foucault, *Surveiller et punir : la naissance de la prison* (Paris : Gallimard, 1975), 77.

⁸⁶⁵ Michel Foucault, *Surveiller et punir : la naissance de la prison*, 81.

⁸⁶⁶ Michel Foucault, *Surveiller et punir : la naissance de la prison*, 77 et suivs.

⁸⁶⁷ Foucault, *Surveiller et punir*, 176.

⁸⁶⁸ Foucault, *Surveiller et punir*, 159 et suivs.

⁸⁶⁹ D'après Foucault, ce modèle architectural conçu pour abriter des détenus aurait été décrit par le frère du philosophe britannique Jeremy Bentham qui, en visitant l'École Militaire de Paris en 1751, s'est aperçu que les dortoirs du bâtiment étaient faits de verre, ce qui permettrait le contrôle des élèves, même la nuit, afin d'éviter tout contact entre collègues. Face à la description de ce scénario, Bentham aurait donné le nom « Panopticon » à ce modèle architectural utilisé pour résoudre les problèmes de surveillance. La description de ce modèle de prison serait dans le livre intitulé *Panopticon*, de Jeremy Bentham. J Bentham, *Panoptique*, (Paris : Ordre de l'Assemblée Nationale, 1791). Disponible sur : <http://palimpsestes.fr/textesphilo/bentham/Panoptique.pdf>. Accédé le 12/01/2018.

⁸⁷⁰ Ainsi décrit Foucault : « le Panopticon de Bentham est la figure architecturale de cette composition. On en connaît le principe : à la périphérie un bâtiment en anneau ; au centre, une tour ; celle-ci est percée de larges fenêtres qui ouvrent sur la face intérieure de l'anneau ; le bâtiment périphérique est divisé en cellules, dont chacune traverse toute l'épaisseur du bâtiment ; elles ont deux fenêtres, l'une vers l'intérieur, correspondant aux fenêtres de la tour ; l'autre, donnant sur l'extérieur, permet à la lumière de traverser la

D'après Jeremy Bentham, le problème du panoptique réside dans l'œil dominant et surveillant auquel rien n'échappe. La question de la surveillance dans ce cas ne favorise pas la punition. Le souci du panoptique se concentre sur le but recherché que le détenu ne se livre jamais à des comportements que le pouvoir juge inadéquats en se sentant immergé dans un champ de visibilité absolue. Ce qu'il y a de diabolique dans cette idée, ainsi que dans toutes ses concrétisations, est que la force n'est pas donnée complètement à quelqu'un et cette personne ne l'exerce pas de façon isolée. Le panoptique se traduit par une machine qui englobe toutes les personnes, aussi bien celles qui exercent le pouvoir et celles sur lesquelles le pouvoir est exercé. Ceci est la caractéristique des entreprises qui sont établies au XIX^e siècle. Le pouvoir n'est pas identifié avec un individu, il est une machinerie que personne ne possède et est donc plus difficile à limiter⁸⁷¹.

Sous ce point de vue, Foucault impose un déplacement au regard de l'État afin d'identifier l'existence d'un certain nombre de relations de pouvoir dans la société de son temps, ce qui dépasse le niveau de l'État et ne peut pas, en aucune façon, être analysé en termes de souveraineté, d'interdiction ou d'imposition d'une loi comme la relation homme-femme, la relation familiale, la relation entre celui qui sait et celui qui ne sait pas, la relation entre l'employeur et l'employé. Ces relations ne se limitent pas à des projections du pouvoir de l'État, elles dépassent ces limites. L'État, avec tout son appareil, se montre incapable d'occuper tout le champ du pouvoir dès qu'il offre seulement la superstructure⁸⁷². Le pouvoir n'émane pas d'un point central, il est structuré en un réseau qui imprègne tout le corps social, en articulant et intégrant des différents points de convergence qui s'appuient les uns sur les autres, comme l'école, la prison, l'hôpital, la maison de retraite, la famille, l'usine, la cité ouvrière. Le pouvoir est établi par des relations plus ou moins coordonnées et, par conséquent, mobiles et fragmentées.⁸⁷³

cellule de part en part. Il suffit alors de placer un surveillant dans la tour centrale, et dans chaque cellule d'enfermer un fou, un malade, un condamné, un ouvrier ou un écolier. Par l'effet du contre-jour, on peut saisir de la tour, se découpant exactement sur la lumière, les petites silhouettes captives dans les cellules de la périphérie. Autant de cages, autant de petits théâtres, où chaque acteur est seul, parfaitement individualisé et constamment visible. Le dispositif panoptique aménage des unités spatiales qui permettent de voir sans arrêt et de reconnaître aussitôt. En somme, on inverse le principe du cachot ; ou plutôt de ses trois fonctions – enfermer, priver de lumière et cacher – on ne garde que la première et on supprime les deux autres. La pleine lumière et le regard d'un surveillant captent mieux que l'ombre, qui finalement protégeait. » Foucault, *Surveiller et punir*, 233.

⁸⁷¹ Maia, *Sobre a analítica do poder de Foucault*, 86.

⁸⁷² Maia, *Sobre a analítica do poder de Foucault*, 87.

⁸⁷³ Maia, *Sobre a analítica do poder de Foucault*, 88.

D'après Foucault, ce réseau institutionnel de pouvoir qui imprègne tout l'ensemble du domaine social est intraétatique et fondé sur un pouvoir épistémologique – un pouvoir de savoir sur les individus soumis à un regard incessant : « on voit naître ainsi, à côté de ce savoir technologique, propre à toutes les institutions de séquestration, un savoir d'observation, un savoir en quelque sorte clinique, comme celui de la psychiatrie, de la psychologie, de la psychosociologie, de la criminologie⁸⁷⁴ ».

L'individualité entre dans un champ documentaire. Le résultat des examens scolaires et médicaux expose un dossier complet avec des détails et des minuties. Des méthodes sont créées pour la documentation et l'enregistrement. Suivent des codes pour classer les informations : code physique pour qualification, code médical des symptômes, code des comportements. C'est la première formalisation de l'individu dans les relations de pouvoir ; la personne finit par devenir un objet descriptible, analysable et soumis à un contrôle permanent⁸⁷⁵.

Ainsi, en adoptant la figure architecturale panoptique, on observe que ceux qui sont confinés, plus que souffrir par l'emprisonnement, doivent être imbus de la condition de surveillance éternelle à laquelle ils sont exposés. Et plus, à ces mêmes prisonniers on n'accorde même pas le droit réciproque d'observer qui les surveille et quand ils le surveillent ; ce sont ces individus des « objets d'une information, jamais sujets dans une communication⁸⁷⁶ ». Ainsi, l'effet le plus important du panoptique est le processus d'induction auquel on recourt, étant donné que le prisonnier doit être au courant de l'état permanent d'exposition à la visibilité, car cela assure le fonctionnement automatique du pouvoir ; faire que la surveillance soit ininterrompue, quel que soit son exercice. Plus important que d'être surveillé proprement est de savoir par qui on peut être en train d'être surveillé. Pour être efficace, le panoptique doit être visible et invérifiable ;

⁸⁷⁴ Et continue : « C'est ainsi que les individus sur lesquels s'exerce le pouvoir sont, ou bien ce à partir de quoi on va extraire le savoir qu'eux-mêmes ont formé et qui sera retranscrit et accumulé selon des nouvelles normes, ou bien des objets d'un savoir qui permettra aussi bien de nouvelles formes de contrôle ». Michel Foucault, *Surveiller et punir : la naissance de la prison* (Paris : Gallimard, 1975), 242.

⁸⁷⁵ « De là, l'effet majeur du Panoptique : induire chez le détenu un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir. Faire que la surveillance soit permanente dans ses effets, même si elle est discontinuée dans son action ; que la perfection du pouvoir tende à rendre inutile l'actualité de son exercice ; que cet appareil architectural soit une machine à créer et à soutenir un rapport de pouvoir indépendant de celui qui l'exerce ;¹ bref que les détenus soient pris dans une situation de pouvoir dont ils sont eux-mêmes les porteurs. Pour cela, c'est à la fois trop et trop peu que le prisonnier soit sans cesse observé par un surveillant : trop peu, car l'essentiel c'est qu'il se sache surveillé ; trop, parce qu'il n'a pas besoin de l'être effectivement ». Foucault, *Surveiller et punir*, 202-203.

⁸⁷⁶ Foucault, *Surveiller et punir*, 202.

l'individu n'a pas besoin de savoir qu'il est en train d'être observé, mais il a besoin d'être sûr qu'il pourra l'être à tout moment⁸⁷⁷.

Un autre effet du panoptique se reflète dans la possibilité d'établir une connaissance sur les individus surveillés. Cette connaissance peut être utilisée pour classer les personnes afin de déterminer si elles se conduisent ou non de la « bonne » façon, si elles sont ou ne sont pas des individus « normaux », si elles respectent ou non les ordres donnés⁸⁷⁸. Il s'agit d'une erreur, car elle est basée sur la conviction que les gens deviendront vertueux et « normaux » parce qu'ils savent qu'ils sont en train d'être surveillés. Comme décrit Michel Foucault : « le panoptisme est l'un des traits caractéristiques de notre société. C'est un type de pouvoir qui s'exerce sur les individus sous forme de surveillance individuelle et continue, sous forme de contrôle, de punition et de récompense, et sous forme de correction, c'est-à-dire de formation et de transformation des individus en fonction de certaines normes. Ce triple aspect du panoptisme – surveillance, contrôle et correction – semble être une dimension fondamentale et caractéristique des relations de pouvoir qui existent dans notre société⁸⁷⁹. » Le panoptisme apparaît comme un trait caractéristique des sociétés contemporaines pour permettre à l'État la surveillance individuelle et continue des citoyens. Ce modèle d'organisation du pouvoir basé sur contrôle par punition, correction et récompense, c'est-à-dire, qui est basé sur la formation et la transformation des individus soumis à certaines règles, n'est rien de plus qu'une société panoptique, société où règne le panoptisme.

Enfin, on souligne que le panoptique ne se présente pas seulement comme un modèle architectural qui permet une surveillance constante et détaillée des fous, malades, travailleurs, soldats et étudiants. Michel Foucault souligne l'importance de la méthode panoptique comme moyen d'exercer le pouvoir : plus grand est le nombre d'informations

⁸⁷⁷ Dans ses mots : « Pour cela Bentham a posé le principe que le pouvoir devait être visible et invérifiable. Visible : sans cesse le détenu aura devant les yeux la haute silhouette de la tour centrale d'où il est épié. Invérifiable : le détenu ne doit jamais savoir s'il est actuellement regardé ; mais il doit être sûr qu'il peut toujours l'être ». Foucault, *Surveiller et punir*, 203.

⁸⁷⁸ « Ainsi, j'aimerais particulièrement montrer comment on a pu former, au XIX^e siècle, un certain savoir de l'homme, de l'individualité, de l'individu normal ou anormal, dans ou hors la règle, un savoir qui, en vérité, est né des pratiques sociales de contrôle et de surveillance. Et comment, d'une certaine manière, ce savoir ne s'est pas imposé à un sujet de connaissance, ne s'est pas proposé à lui, ni ne s'est imprimé en lui, mais a fait naître un type absolument nouveau de sujet de connaissance. L'histoire des domaines de savoir en relation avec les pratiques sociales, en excluant le primat d'un sujet de connaissance donné définitivement, est un premier axe de recherche que je vous propose ». Michel Foucault, *La vérité et les formes juridiques*, François Ewald et Daniel Defert, *Dits et écrits* (Paris : Gallimard, 2001), 1329.

⁸⁷⁹ Michel Foucault, *La vérité et les formes juridiques*, François Ewald et Daniel Defert, *Dits et écrits* (Paris : Gallimard, 2001), 1329.

pour les individus, plus grande est la possibilité de contrôler le comportement de ces mêmes individus. La vigilance est visible, mais invérifiable, à savoir, le sujet sait qu'on peut être en train de le surveiller mais il n'est pas sûr de ça. Ce mécanisme de visibilité permanente assure le fonctionnement automatique et permanent du pouvoir, d'où son inclusion dans les sociétés contemporaines.

2) Panoptisme dans la société de l'information

Après avoir décrit le modèle panoptique décrit par Michel Foucault et en utilisant les considérations exposées ci-dessus sur les fondements sociologiques du paradigme de la société de l'information, on arrive à quelques conclusions sur la configuration d'un panoptisme dans la société de l'information en ce qui concerne l'exercice du pouvoir disciplinaire et de contrôle grâce à la technologie.

Dans cette nouvelle scène sociale, politique et économique où la principale richesse est l'information, on met en évidence l'utilisation intensive des technologies de l'information pour la surveillance et la fiscalisation des individus. Il y a deux principaux mécanismes utilisés : la formation de fichiers avec des renseignements personnels et la surveillance du comportement des gens.

Au Moyen Age, le pouvoir disciplinaire a été établi par l'Église en adoptant la technique de formation de fichiers contenant des renseignements personnels sur les communautés qui menaçaient son pouvoir. Au fil des ans, cette méthode a été adoptée par l'État pour se révéler un excellent instrument de contrôle des individus. Il s'agit d'une technologie de pouvoir, appelée biopolitique par Foucault, visant à transformer toute la population pour impulser l'évolution de la société et le renforcement de l'État⁸⁸⁰.

Ainsi, la surveillance, auparavant exercée par la famille et l'Église, est progressivement transférée à l'État face à plus grande complexité de la société et à la nécessité d'une gestion des informations⁸⁸¹. L'intrusion de l'État dans la vie privée des

⁸⁸⁰ A cet égard, vérifier Judith Revel, *Michel Foucault, Conceitos essenciais* (São Carlos : Claraluz, 2005), 26-28.

⁸⁸¹ En ce sens, Gray Susan affirme que « les sociétés ont toujours eu des systèmes de surveillance et systèmes d'information. Dans les petites sociétés fondées sur la tradition, la famille ou le village étaient responsables pour la surveillance et la gestion de l'information. L'église locale peut aussi être impliquée. Alors que les sociétés sont devenues plus complexes, les responsabilités de contrôle social pour la famille et l'organisation de la religion ont diminué et la responsabilité de l'État a augmenté ». Susan Gray, "Electronic databases and privacy : policy for the 1990s," *Science, Technology, Human Values*, (1989) : 252.

citoyens en recueillant des renseignements personnels et par l'utilisation des ressources technologiques est configurée dans ce contexte comme un mécanisme de pouvoir nécessaire au profit de la population⁸⁸².

Au XIX^e siècle, la discipline a été mise en œuvre dans les ateliers et usines pour fiscaliser le processus de travail, ainsi que dans les écoles, les hôpitaux et les prisons pour surveiller le comportement des individus. À la fin du XX^e siècle, le progrès de la technologie de l'information a intensifié l'exercice du pouvoir disciplinaire en permettant la collecte, la comparaison et le stockage des données personnelles à faible coût et d'une manière plus facile, en plus d'accroître une surveillance électronique.

Aujourd'hui, la formation de dossiers personnels ne s'impose plus comme un privilège exclusif de l'Église et de l'État. Les sociétés recueillent des informations de caractère personnel sous forme non autorisée et plus tard elles comparent ces mêmes informations avec les données qui proviennent des fournisseurs de services téléphoniques, les fournisseurs d'accès à Internet, les entreprises de cartes de crédit, les banques, bref, toute organisation qui peut contribuer au processus de conception du profil des personnes.

Le mécanisme utilisé pour faciliter la collecte utilise la persuasion pour convaincre le titulaire même des informations ; sa vie privée devient une puce de négociation à l'ère de l'information. Parmi les quelques exemples que l'on peut citer sur ce processus⁸⁸³, on met l'accent sur les répercussions sur le contrôle de l'activité de travail au cours du contrat de travail.

On observe donc que – comme reflet de ce qui se passait au XIX^e siècle – l'État n'utilise pas cette architecture de pouvoir de façon isolée. Le panoptique de l'ère de l'information comporte tous ceux qui se trouvent dans une situation de suprématie – comme les entreprises envers les consommateurs et les employés – limitant la vie privée et l'autodétermination des individus subjugués.

⁸⁸² Comme l'expose Reg Whitaker, « la méthode est maintenant utilisée par les gouvernements pour faciliter l'exécution de diverses activités telles que la collecte des impôts ; la création d'un fichier central avec la classification des citoyens en fonction de leurs activités productives, l'équité et d'autres données pertinentes ; le maintien de la loi et de l'ordre public par la surveillance des groupes d'opposition ; compilation de statistiques ; parmi d'autres. » Reg Whitaker, *El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad* (Barcelona : Paidós, 1999), 57-58.

⁸⁸³ On voit, par exemple, le fait de que les entreprises échangent de plus en plus des renseignements personnels des services personnalisés, des cadeaux, le droit de participer à des concours, l'accès gratuit à Internet, des produits et financements en ligne. Les entreprises offrent « les cartes promotionnelles de fidélité » seulement pour recueillir des données qui dénoncent les tendances d'achats de leurs clients. En ce sens, voir Bruce Schneier, *Segurança.com: segredos e mentiras sobre a proteção na vida digital* (Rio de Janeiro: Campus, 2001), 31-45.

Dans le milieu du travail, on exerce le pouvoir disciplinaire par l'installation de caméras de surveillance et le contrôle des communications des employés. En plus de ces mécanismes, les entreprises contrôlent aussi l'utilisation des systèmes informatiques par les employés en utilisant des logiciels qui enregistrent et archivent, étape par étape, les mouvements et consultations virtuelles faits par ces individus. L'objectif est de contrôler le temps et la productivité de l'employé, la façon dont il développe ses activités, son savoir-faire et les connaissances utilisées pour exécuter les tâches.

B. Transformations dans la réalité du monde des entreprises : nouveaux risques pour la vie privée des travailleurs

La société a toujours été un lieu de croissance des progrès technologiques précisément parce qu'elle a besoin de se développer de façon plus performante pour être en mesure d'émerger dans un marché concurrentiel. De cette façon, une fois qu'elles sont placées parmi les facteurs de production, les relations de travail dans le système capitaliste ont toujours souffert de fortes influences avec les progrès technologiques et donc le droit du travail est une branche du droit en constante évolution.

Les nouvelles technologies employées dans l'entreprise pour accroître l'efficacité technique de l'activité du travail et par conséquent la productivité permettent un saut qualitatif dans la capacité de contrôler les activités de travail⁸⁸⁴, car elles permettent « un contrôle à distance, froid, incisif, subreptice et apparemment infaillible⁸⁸⁵ ». Donc « il y a eu une véritable migration des technologies de contrôle de

⁸⁸⁴ Plusieurs auteurs se réfèrent à cette énorme augmentation du pouvoir de contrôle par l'introduction des NTIC (Nouvelles technologies de l'information et de la communication). Voir, à titre d'exemple, Manuel R. Alarcón Caracuel, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, (Madrid : Bomarzo, 2004), 14, indiquant qu'avec ces technologies il y a la possibilité d'un hyper-contrôle de l'employeur qui peut entrer en collision avec de nombreux droits fondamentaux des travailleurs, ainsi que Luz Pacheco Zerga, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, (Madrid : Civitas, 2007), 222, qui mentionne que les nouvelles technologies ont stimulé la capacité de l'employeur à contrôler, mais on ne peut pas être en mesure de ne pas répondre que, malgré des plus grandes ressources de contrôle, elles ne peuvent pas donner origine à la disparition de l'espace privé auquel tous les travailleurs ont droit au travail. En ce même sens, Goñi Sein, "Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial : debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad" *Revista de Derecho Social* 32 (2005) : 79, pour lequel il existe un rapport direct entre l'augmentation du pouvoir de contrôle de l'employeur et la réduction de la sphère de liberté et de la dignité des travailleurs.

⁸⁸⁵ Javier Thibault Aranda, "Aula ministrada na Disciplina: Reforma Trabalhista – A Experiência Espanhola" (Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008).

la périphérie jusqu'au cœur du processus de travail lui-même⁸⁸⁶ ». Cependant, dès qu'elles permettent un contrôle complet ou presque de tous les mouvements de la vie des travailleurs, en les rendant « transparents⁸⁸⁷ » pour les employeurs, cela peut certainement générer une entrave de leur liberté et de leurs droits fondamentaux, en particulier le droit à la vie privée.

Le pouvoir de contrôle électronique, donc, du fait de ses caractéristiques propres, est beaucoup plus dommageable pour les droits fondamentaux des travailleurs que le physique, en leur offrant des risques plus prononcés. Et on ne peut pas traiter la limitation de celui-ci de la même façon que pour celui-là⁸⁸⁸.

Le contrôle de la mémoire de l'ordinateur, par exemple, peut être réalisé au moyen de l'installation de *software* ou d'*applications* spécifiques à partir desquels il est possible de réaliser la reconstruction de toute activité produite en son sein, en plus de permettre que soient recueillies, traitées et archivées toutes les données contenues dans la mémoire de l'ordinateur. L'utilisation de ces softwares ou applications permet la reconstruction de tous les passages, phases, opérations, nombre d'erreurs commises, temps utilisé dans les diverses activités et les pauses réalisées.

Le contrôle de l'accès à Internet, qui intrinsèquement avait été conçu dans cet objectif de contrôle⁸⁸⁹, peut être effectué par des *browsers*⁸⁹⁰, des *cookies*⁸⁹¹ ou des

⁸⁸⁶ Jean-Emmanuel Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, (Paris : Editions Liaisons, 2001), 35.

⁸⁸⁷ Expression utilisée par Bellavista, "Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d. lgs.", *RGL*, 1, (2004) : 56. Aussi Mariapaola Aimo, "Il trattamento dei dati personali del lavoratore : la legge sulla privacy e lo Statuto dei lavoratori" *Contratto e Impresa* 3 (1998) : 50, fait référence à l'omniscience de ce pouvoir de l'employeur, qui peut rendre le travailleur un « travailleur sous surveillance ».

⁸⁸⁸ Récemment, une statistique menée aux États-Unis a révélé que plus d'un tiers des entreprises intercepte tous les messages de ses employés au motif que les ressources technologiques devraient être contrôlées afin qu'elles ne soient pas utilisées dans la pratique de comportements immoraux ou illégaux. Dans ce sens, Reg Whitaker, *El fin de la privacidad*, 133.

⁸⁸⁹ Internet est la conséquence de la fusion de connaissances de stratégie militaire, coopération scientifique et initiative technologique. Elle surgit à l'apogée de la Guerre Froide quand l'ex-Union de la République Socialiste Soviétique - URSS a lancé le premier satellite dans l'espace. Les USA, en réponse, ont investi dans un projet de création d'un système de communication qui serait invulnérable aux attaques des pays ennemis. Le travail - coordonné par l'Agence des Projets de Recherches Avancées (*Advanced Research Projects Agency* – ARPA) du Département de Défense nord-américain - a été appelé *ARPAnet*. L'objectif consistait à créer un réseau de communication indépendant, dont les dispositifs se créeraient par eux-mêmes, sans être prisonnier d'une source centrale, c'est à dire un réseau capable de rendre tous les points de connexion équivalents et autonomes. Ainsi, un éventuel bombardement par l'ex URSS sur un point déterminé du réseau nord-américain ne compromettrait pas la connexion entre les différents dispositifs. V. Castells, *A sociedade em rede*, 82-83.

⁸⁹⁰ L'utilisation de *browsers* permet à des entreprises de connaître à travers l'historique de leurs dossiers, toutes les connexions et les pages téléchargées par leurs employés, ce qui rend possible sa transformation en un véritable instrument de contrôle.

⁸⁹¹ Chaque site internet a son propre et unique hébergeur (URL) et tous les browsers d'Internet ont une fonction, celle-ci est l'historique, qui permet de consulter tous les sites visités par l'utilisateur pendant sa navigation, ceci pouvant permettre de visualiser, par exemple, le nombre de visites sur chaque page, la date et l'heure de chacune de ses visites, la durée de celles-ci et quand a été réalisée la première et la dernière

*firewalls*⁸⁹² qui permettent à des entreprises de connaître toutes les connexions et les pages téléchargées par leurs employés, en obtenant des informations comme le nombre de visites sur chaque page, la date et l'heure de chacune de ces visites, la durée, et quand a été réalisée la première et la dernière visite. Avec le temps, en croisant les données, il est possible de connaître quels sont les sites les plus visités, les intérêts, les habitudes, les goûts, préférences, idéologie, etc., en plus de permettre d'accéder à des pages personnelles ou même au courrier électronique des employés.

Parmi les caractéristiques du pouvoir de contrôle électronique qui augmente les risques pour les droits fondamentaux des employés, la doctrine française attire l'attention sur son « caractère ambivalent⁸⁹³ » : c'est qu'elles peuvent fonctionner en même temps comme un outil pour exercer une activité productive et en tant que mécanisme de contrôle de la prestation du travail. Grâce au contrôle de l'ordinateur, par exemple, il est possible d'avoir une connaissance de la façon de penser du travailleur⁸⁹⁴ en vérifiant les techniques de travail et leurs intérêts personnels enregistrés dans les différentes connexions Internet. L'outil informatique peut recréer le profil d'un travailleur, ainsi que suivre son évolution elle-même. Il permet ainsi un contrôle de la propre personnalité et de la pensée du travailleur.

visite. En montrant les sites visités on montre les habitudes, les goûts, les préférences, les idéologies, etc... Chaque ordinateur est configuré avec sa propre adresse IP, ce qui permet au responsable du réseau et au fournisseur d'accès de relier l'utilisateur à l'adresse déterminée ainsi que toutes les informations. Toutes ces données sont compilées automatiquement par les fournisseurs d'accès et insérées dans des dossiers appelés log, qui permettent de connaître les goûts, habitudes et centres d'intérêts des internautes. Ces fichiers permettent de fournir une valeur ajoutée à l'employeur qui peut donc les utiliser pour contrôler les activités des employés, principalement si associés à d'autres formes de traitements invisibles : les cookies qui sont des enregistrements d'informations faits par le serveur dans un fichier de textes situé dans l'ordinateur de l'utilisateur et qui contient de nombreuses informations sur celui-ci. Les cookies sont donc des petits fichiers texte où on garde une trace de ce qui a été fait durant la visite d'un site précis, contenant un identifiant permanent. Ceci est gardé de cette façon dans le disque de l'utilisateur, toujours récupéré à chaque fois que l'on veut accéder à une page du serveur dont l'information est originaire. Quand on accède à nouveau à l'information sauvegardée, il est possible d'identifier le visiteur et de lui envoyer la publicité en relation avec ses intérêts.

⁸⁹² On doit aussi mettre en avant les programmes appelés *firewall* qui sont des programmes de protection qui empêchent les utilisateurs non-autorisés d'accéder aux ordinateurs de l'entreprise, la protégeant contre la propagation de virus, de cookies et de contenus internet indésirables, permettant de filtrer les URL, selon le principe de la liste rouge. Ce firewall est né de la nécessité des entreprises de se protéger des attaques externes et de recueillir et analyser le nombre énorme de données sur l'utilisation d'internet. Le firewall, est, par nature, la meilleure protection de l'entreprise parce qu'il réussit à la protéger efficacement d'agressions externes et évite des connexions considérées inappropriées par l'employeur. C'est exactement à cause de ces caractéristiques et parce qu'on ne peut rien faire sans que le firewall en ait connaissance, qu'il peut se transformer en un magnifique espion de l'activité des employés, surtout parce qu'il réussit à garder en mémoire toutes les pistes que ceux-ci laissent quand ils naviguent sur internet, comme les pages visitées, les heures de visites et les détails des différents messages envoyés et reçus.

⁸⁹³ Sur ce *caractère ambivalent*, Voir Jean-Emmanuel Ray, "Métamorphoses du droit du travail," *Droit Social* 12 (2011) : 1162-1171.

⁸⁹⁴ Huert Bouchet, *À l'épreuve des nouvelles*, 78.

Il y a donc une concentration parfaite sur la même machine de l'activité productive et de contrôle, de sorte que lorsque l'ordinateur est utilisé à des fins productives par le travailleur elle est en même temps en train de proportionner une énorme quantité de données aux employeurs, ce qui contribue à accroître la sphère d'exercice de leur pouvoir et permet également une participation directe des travailleurs sur l'activité de contrôle⁸⁹⁵.

La doctrine italienne est attentive aussi à cette caractéristique de l'introduction des NTIC dans l'environnement de travail, en ajoutant que le travailleur devient, en même temps, sujet actif et passif d'une machine de sorte qu'il est possible d'effectuer un contrôle « à deux voies⁸⁹⁶ ».

Une autre question qui implique ce phénomène est qu'il a apporté au droit du travail la discussion du droit à la vie privée sur la question du droit au secret de la correspondance ou même du domicile. Auparavant, la surveillance du travail impliquait toujours une certaine intrusion physique : un supérieur hiérarchique ou même la fouille des travailleurs et de leurs biens. D'autre part, pour intercepter les communications des travailleurs, sa réalisation physique était également nécessaire, ce qui arrive rarement et est facile à détecter en cas de violation – à savoir, quand un courrier a été ouvert.

À l'heure actuelle, les employeurs peuvent accéder à toutes les données stockées dans un ordinateur ainsi que la correspondance échangée par l'employé par des messages électroniques. De plus, sans que les travailleurs soient au courant.

Les employeurs peuvent même, si le système est en réseau, commander qu'on reproduise sur leurs ordinateurs une copie exacte des contenus qu'un certain travailleur est en train de visualiser et suivre chaque mouvement qu'il fait sans que celui-ci s'en aperçoive ou le sache, en rendant beaucoup plus difficile la protection de ses droits et sa propre défense, ce qui a déjà conduit la doctrine à affirmer que « lorsque le travailleur est assis à l'ordinateur et regarde l'écran, celui-ci, à son tour, peut être en train de regarder le travailleur⁸⁹⁷ ».

⁸⁹⁵ Pérez de los C. Orihuel, *Nuevas tecnologías*, 73, atteste que « ce sont les mêmes outils que l'employé utilise pour effectuer la mise à disposition du travail qui le contrôlent. Dans de nombreux cas, le contrôle n'est plus une activité étrangère et attachée à la prestation de travail mais devient un élément intégral de la prestation même ». En ce même sens, Martínes Fons, *Uso y control de las...*, 1315.

⁸⁹⁶ Expression de Fabrizia Santini, "La corrispondenza elettronica aziendale tra diritto alla riservatezza e potere di controllo del datore di lavoro", *ADL*, 3 (2007) : 759.

⁸⁹⁷ Matthew W. Finkin, "Menschenbild : the conception of the employee as a person in Western Law", *Comparative Labor & Pol'y Journal* 23 (2002) : 300.

Une troisième caractéristique des TIC est qu'elles conduisent à un « effacement des frontières d'espace-temps⁸⁹⁸ » en changeant profondément la relation de proximité qui existait entre l'employeur et l'employé et qui avait caractérisé le pouvoir de contrôle dans le passé. Les nouvelles technologies permettent qu'on transcende la notion même de temps. Il suffit de rappeler l'énorme capacité de stockage des ordinateurs et la possibilité de laisser toujours des traces et d'être invisible, ce qui permet que les ordinateurs puissent constituer une grande aide pour les employeurs en leur permettant d'archiver des éléments de preuve pour des litiges éventuels.

Par conséquent, il est encore plus visible une plus petite séparation entre les frontières de la vie personnelle et de la vie professionnelle à mesure que les travailleurs pourront se bénéficier, grâce à ces technologies, de temps personnel, y compris de caractère strictement privé, tout en travaillant. Cependant, elles pourront, en même temps, envahir la vie privée du travailleur et ainsi « les heures de travail officiel ne veulent rien dire lorsque le travail peut être ramené à la maison et continuer à y être tenu, sans aucune limite de temps⁸⁹⁹ ».

Mais non seulement l'ordinateur et l'Internet permettent un changement de fait qui menace les droits fondamentaux de l'employeur. Il est de plus en plus commun que le contrôle soit exercé également au moyen de dispositifs audiovisuels, déjà caractérisés par la doctrine comme un « œil électronique permanent, pointé de façon stratégique dans des directions différentes⁹⁰⁰ ».

La vidéosurveillance se matérialise comme l'espèce la plus commune de surveillance électronique et aussi la plus relatée dans les médias de masse, même s'il existe d'autres mécanismes plus avancés. On implante ce dispositif pour capturer des images grâce aux circuits internes de télévision (closed-circuit television – CCTV) intégrés à des caméras de surveillance qui sont installées dans des endroits stratégiques.

⁸⁹⁸ Alain Supiot, « Travail, droit et technique, » *Droit Social* 13 (2012) : 22.

⁸⁹⁹ Comme entendu par Alain Supiot, « les fantômes de l'ubiquité commencent à apparaître, puisqu'on prétend avoir un être humain disponible dans tous les lieux et dans tout le temps pour travailler ». Le même auteur, suivi par la doctrine française, qui considère que les nouvelles technologies créent des « nouvelles formes de subordination », en faisant valoir que le travailleur a le droit de déconnecter, compris comme le droit à la vie privée du XXI^e siècle. Alain Supiot, *Travail, droit et technique*, 21.

⁹⁰⁰ L'expression a été utilisé par Lyon, *The electronic eye*, 322.

Les instruments utilisés dans ce type de contrôle sont spécialement les caméras de vidéo et/ou audio^{901 902}. Les informations obtenues sur ces moyens sont beaucoup plus efficaces, en particulier pour l'identification et l'établissement d'une preuve concernant la pratique de travail illégal, en ce qui concerne le fait qu'elle offre la possibilité de collecte, d'entretien et de récupération des images et des sons obtenus en tout temps et la possibilité de traitement et de reconstruction des faits et l'élaboration des profils des travailleurs⁹⁰³. Bien que les caméras soient installées pour répondre aux exigences de sécurité ou techniques et de l'organisation, il est impossible de séparer ce qui entre et ce qui sort de l'objectif déclaré⁹⁰⁴.

Ce type de contrôle – autant que celui fait par l'ordinateur – envoie l'entreprise à la propre réalité panoptique de Jeremy Bentham, dépeinte par Michel Foucault, faisant que le travailleur se sente pris au piège en étant susceptible d'être surveillé tout le temps – et sans savoir qui le regarde⁹⁰⁵.

Avec des caméras vidéo, l'œil électronique est devenu pénétrant, dominant et omniprésent dans la mesure où la caméra enregistre tout, stockant toutes les informations recueillies sans en oublier, étant considérée principalement par les doctrines française,

⁹⁰¹ « La numérisation de l'information fournie sous forme d'image ou de son consiste en la décomposition de l'image dans un certain nombre de points appelés pixel qui sont ensuite numérisés et représentés sous la forme de bits, pouvant être stockés. Ainsi il est possible de sélectionner l'image sur la base de critères objectifs déterminés, comme la caméra avec laquelle on prétend visualiser la date ou l'heure. » Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, 54.

⁹⁰² Mais au-delà de la vidéosurveillance il existe d'autres formes de surveillance électronique qui ne sont pas basées sur le traitement d'images, comme la surveillance qui utilise la radiofréquence (*radio frequency identification* – RFID) installée dans les "bracelets électroniques". Il s'agit d'un ensemble d'équipements et d'applications informatiques qui permettent de détecter, la distance, la présence ou l'absence d'une personne déterminée dans un lieu précis grâce à l'émission d'un signal radio émis par le "bracelet" fixé au poignet ou à la cheville d'une personne surveillée, les signaux étant captés par le centre de contrôle. Un autre type de surveillance électronique, bien commun, est effectué par le système de positionnement global par satellite (*global positioning system* – GPS) qui indique la latitude, la longitude et l'altitude – coordonnées géodésiques - de l'objet ou de la personne qui doit être localisé. Des transmetteurs installés dans des véhicules qui indiquent leur localisation contrôlée par un ordinateur central qui surveille ces véhicules partout où ils circulent. Catarina S. Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, (Coimbra : Almedina, 2005), 122.

⁹⁰³ En ce sens, Goni Seni, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales* (Navarra : Thomson Civitasa, 2007), 17-19.

⁹⁰⁴ Ne pas oublier que la surveillance vidéo se fait de manière intemporelle, étant donné que les images restent stockées sans limite de temps « à la disposition de l'entrepreneur pour toutes les utilisations qu'on veuille reléguer ». L'entrepreneur s'approprie des images et toute autre information qui puisse dériver à partir des opérations de traitement spécifiques des données en interconnexion avec d'autres systèmes d'identification de personnes. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, 55.

⁹⁰⁵ En ce sens, Mercader Uguina, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías : y avait-t-il une société panoptique ?" *RL* (2001) : 14.

espagnole, italienne et portugaise beaucoup plus intrusive que le contrôle physique mené par la fouille personnelle⁹⁰⁶.

Donc, quel que soit l'instrument utilisé, le fait est que nous assistons à un phénomène de « vitrification⁹⁰⁷ » de l'action des travailleurs, ce qui génère non seulement un effet psychologique dévastateur⁹⁰⁸ mais apporte une potentialité d'investigation qui ne connaît pas de frontières⁹⁰⁹, considérée par la doctrine européenne en général comme quelque chose qui déshumanise⁹¹⁰.

Ces méthodes de surveillance engendrent en outre un déséquilibre entre les parties car elles permettent à l'entrepreneur une plus grande concentration de pouvoir, ce qui se traduit à la fois par l'obtention d'informations personnelles acquises par ces images et pour « constituer un sous-produit indésirable ou une conséquence simplement accidentelle de l'utilisation de ces dispositifs⁹¹¹ ».

L'utilisation de ces appareils fait que le travailleur affecté perd totalement le contrôle de ses informations et données personnelles, servant à prendre l'anonymat de l'employé et contraster et obtenir des informations⁹¹², ouvrant la possibilité de classer et catégoriser, prenant des décisions en fonction des profils individuels qui peuvent être déduits.

En plus de tout cela, les menaces à la vie privée deviennent potentielles, dès lors que, les données collectées, même involontairement, durant des années à travers les équipements de l'entreprise ou même celles obtenues à travers d'autres bases de données permettent que des aspects de la vie, personnelle de l'employé, dissociées du contrat de travail, comme la religion, l'ethnie, l'orientation sexuelle, etc soient connus et traités par

⁹⁰⁶ Lefèbvre, *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, 18 fait référence à la surveillance vidéo comme la « fouille silencieuse » des temps modernes. En ce même sens, Mornet, *La vidéosurveillance et la preuve*, 15, selon qui la surveillance vidéo peut être un outil très utile, comme dans un environnement très dangereux, ayant ainsi un caractère extrêmement ambivalent. Anita Bernstein, "Foreword : What We Talk About When We Talk About Workplace Privacy", *Los Angeles Law Review* 66 (2006), 3, comprend que ce type de contrôle est bien « pire » que le contrôle humain, une fois que les images peuvent être éditées, altérées, vues d'innombrables fois et étendues, contrairement à ce qui se passe avec l'œil humain.

⁹⁰⁷ Expression utilisée par Armando Veiga et Benjamin S. Rodrigues, "A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações electrónicas" *Raízes Jurídicas* (2007) : 415.

⁹⁰⁸ En ce sens, Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador : un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. (Civitas: Madrid, 1988), 147.

⁹⁰⁹ En ce sens, David de Oliveira Festas, "O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do trabalho", *ROA* 2 (2004) : 42, notant que la nouveauté de ce type de surveillance est sa dépersonnalisation, à savoir, sa robotisation, de sorte que la surveillance résulte d'une manière plus impersonnelle et déshumanisée que la forme traditionnelle de surveillance.

⁹¹⁰ Alessandro Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, (Turin : Giappichelli Editore, 1995), 72.

⁹¹¹ Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, 147.

⁹¹² Vérifier Jean-Emmanuel Ray, "Avant-propos de la sub/ordination à la sub/organisation", *Droit Social*, 1 (2002) : 9.

l'employeur avec les finalités les plus variées, parmi lesquelles celle de, sur la base d'elles-mêmes, prendre des décisions d'entreprise, toutes sans la moindre connaissance de l'employé⁹¹³, ce qui peut également occasionner de nouvelles formes de discrimination et d'inégalité⁹¹⁴ autant au moment de l'embauche que pendant le déroulement des relations de travail.

Le pouvoir de l'employeur face aux TIC devient un contrôle dévié de la verticalité, objectif, incorporé dans la machine et le système avec lequel il interagit, ce qui en fait un contrôle à distance, en temps réel, avec une énorme capacité de stockage, capable de mémoriser, comparer et élaborer de nouveau en détail la plupart des comportements des travailleurs.

On passe d'un contrôle périphérique, discontinu et partiel effectué par la hiérarchie humaine à un contrôle centralisé et objectif incorporé dans la machine, qu'on vérifie en temps réel, ce qui génère l'apparition d'un nouveau et sophistiqué type de contrôle consistant à reconstruire le profil des travailleurs en stockant et élaborant de nouveau une série de données en apparence inoffensives.

Le droit, en particulier celui relatif aux libertés individuelles, ne peut pas se plier à l'état de la technologie ; c'est celle-ci qui doit s'adapter et elle a des virtualités pour cela aux exigences fondamentales du droit. Ainsi, les mesures de contrôle, soient-elles informatiques ou non, doivent être évaluées en fonction du fait de se considérer le travailleur un sujet – et non un objet.

Ainsi, les NTIC ont une capacité inquisitoire qui semble n'avoir aucune limite et qui affecte le contrat de travail lui-même, attirant l'attention sur un risque réel de corruption de celui qui provoque un changement profond dans le pouvoir de contrôle à cause d'une grande partie de l'exercice de ce pouvoir. On ne peut plus ignorer le droit à la protection des données personnelles dans les relations de travail.

⁹¹³ Dans ce sens, pour tous, Goñi Stein, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial* (Civitas : Madrid, 1988), 147.

⁹¹⁴ Comme on le rappelle dans Mark Freedland, *Data protection and employment in the European Union : an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States* (Oxford : Oxford, 1999), 27 et s.

Section II : L'insuffisance de la limitation traditionnelle du pouvoir de l'employeur

Les transformations des relations sociales dans le contexte de la société de l'information ont modifié la notion traditionnelle de la vie privée, répercutant sur un déséquilibre dans le rapport de pouvoir entre l'employé et l'employeur, en particulier avec l'insertion des nouvelles technologies pour contrôler l'activité du travail, cependant, la jurisprudence brésilienne est encore en train de traiter le pouvoir de contrôle électronique de la même manière que le pouvoir de contrôle physique, sans tenir en compte l'aspect d'autodétermination informationnelle inhérente au droit fondamental à la vie privée (§ 1^o : *L'inexistence d'une distinction entre limitation du contrôle physique et limitation du contrôle électronique de l'employeur dans le droit brésilien*).

Ce genre de traitement à la question donné par la loi brésilienne, cependant, ramène le problème de l'absence de fondement pour l'encadrement juridique du pouvoir dans les relations de travail, et il est nécessaire, par conséquent, qu'on promeuve la distinction entre la limitation du contrôle physique et la limitation du pouvoir de contrôle électronique, sous peine de compromettre la scientificité du droit du travail brésilien, aussi que de s'éloigner des paramètres démocratiques que la Constitution de 1988 a voulu donner à la matière (§ 2^e : *Pourquoi faut-il limiter le pouvoir de contrôle électronique d'une façon distincte de celle du pouvoir de contrôle physique ?*).

§ 1^o L'inexistence d'une distinction entre limitation du contrôle physique et limitation du contrôle électronique de l'employeur dans le droit brésilien

La jurisprudence brésilienne est toujours en train de limiter les pouvoirs de l'employeur ayant en compte la vie privée dans son aspect physique, notamment pour interdire les fouilles physiques, autrement dit, celles réalisés sur le corps de l'employé⁹¹⁵

⁹¹⁵ TST, RR5753620105050020, Maria Helena Mallmann, 18/12/2017. TST, RR10888320145050013, Douglas Alencar Rodrigues, 13/12/2017. TST, RR210875820145040010, Mauricio Godinho Delgado,

ou pour imposer des limites à la réalisation de fouilles sur les objets de l'employé laissés dans son lieu de travail⁹¹⁶. Cependant, les TIC permettent à l'employeur de contrôler l'activité en utilisant des instruments audiovisuels (A), ou par l'utilisation de logiciels pour contrôler l'utilisation des ordinateurs ou de l'Internet par le salarié (B). De même que le contrôle physique, ou, pour mener à bien le jugement de pondération, on ne prend pas en compte le droit à la vie privée sous l'aspect de la protection des données personnelles, mais seulement sous l'aspect traditionnel.

A. Le contrôle audiovisuel

En droit comparé, la surveillance de présence et ostentatoire des activités des employés est réglementée expressément par la loi. Néanmoins, restant dans la pondération face au conflit des droits fondamentaux en question (vie privée et propriété privée), les contrôles par des moyens audiovisuels sont traités par la jurisprudence brésilienne avec une plus grande permissivité que les contrôles au corps (au moyen de fouilles).

La jurisprudence considère que la législation brésilienne n'interdit pas que le pouvoir de direction donné à l'employé soit exercé grâce à des appareils audiovisuels de contrôle de prestation de service, ce qui, d'ailleurs, est compris comme découlant de la technologie. Dans le même sens se trouve le positionnement de la doctrine, à l'exemple de l'opinion d'Alice Monteiro de Barros, qui a écrit une œuvre de référence dans le droit du travail brésilien sur le thème « la réduction de la sphère de la vie privée de l'employé, admise par la législation ordinaire, dans la reconnaissance du pouvoir directif de l'employeur, duquel sont corollaires le pouvoir de contrôle et le pouvoir de surveillance, autorise, en principe les procédures visuelles, auditives et fouilles de personnes, par nécessité technique (fonctionnellement des moyens de production), pour un meilleur

06/12/2017. TST, RR6902320155050007, Kátia Magalhães Arruda, 29/11/2017. TRT-20, RO00005943820175200001, Fábio Túlio Ribeiro, 20/11/2017. TRT-12, RO00049363220155120051SC, Narbal Antônio de Mendonça Fileti, 16/11/2017.

⁹¹⁶ TST, RR8588920125090016, Alexandre de Souza Agra Belmonte, 19/12/2017. TST, RR2431001720095090006, Cláudio Mascarenhas Brandão, 14/11/2017. TST, RR:106267120135190001, Guilherme Augusto Caputo Bastos, 22/11/2017. TRT-2, RO00000196620155020303, Rilma Aparecida Hemérito, 14/09/2017.

fonctionnement du système opérationnel ou pour la sécurité de l'entreprise et du propre employé⁹¹⁷ ».

Selon le critère du rapport d'adéquation - pour lequel sera plus adéquat le contrôle si la restriction du droit à la vie privée de l'employé est nécessaire à la préservation du droit pertinent de l'employeur – il existe des positionnements différents quant à la possibilité de contrôle physique – soit défendant la possibilité d'une preuve de soustraction ou de dissimulation de biens, soit l'estimant illicite- quant au contrôle audio et vidéo, on s'accorde unanimement à les admettre licites, a priori⁹¹⁸.

L'unique limitation considérable que la jurisprudence, au vu du rapport d'adéquation, impose quant à l'utilisation de caméras audio et vidéo pour le contrôle du travail, est de considérer illicite son installation dans les toilettes,⁹¹⁹ vestiaires et réfectoires⁹²⁰, même étant éteintes⁹²¹.

⁹¹⁷ Alice Monteiro de Barros, *Curso de Direito do Trabalho*, (São Paulo : LTr, 2016), 83.

⁹¹⁸ « La surveillance à travers des caméras vidéo n'est pas interdite par la législation brésilienne et peut être utilisée, dans le respect des droits fondamentaux érigés constitutionnellement dans l'art. 5. N'étant pas prouvée l'installation de ces caméras dans des lieux qui violeraient l'intimité ou la vie privée des employés, on ne pourra parler de dommage moral. » TRT-3, RO00205-2004-043-03-00-9, Taísa Maria Macena de Lima, 14/08/2004

⁹¹⁹ « La législation brésilienne permet que le pouvoir de surveillance conféré à l'employé, dans des circonstances déterminées, se vérifie, au moyen d'appareils audiovisuels, comme découlant de l'avancée technologique, dès que l'employé en est avisé. Il est inadmissible de comprendre que l'ensemble des lieux de l'établissement soient sous total contrôle de l'employeur et d'autoriser l'introduction de ces appareils, indistinctement, comme dans les toilettes, lieu qui est privé par nature. L'utilisation des caméras vidéo dans les sanitaires génère une compensation pour dommage moral, face à la flagrante violation du droit à l'intimité de l'employé, garanti par disposition constitutionnelle (art.5 X) et considéré comme la faculté concédée à des personnes de se voir protégées "contre les sens des autres, principalement des yeux et des oreilles". La surveillance électronique pourrait avoir un avenir prometteur, dès qu'utilisée de forme humanisée, en s'opposant aux abus de son utilisation. L'installation d'appareil audiovisuel dans les toilettes caractérise ce que l'OIT nomme « chimie de l'intrusion » comportement désavoué par le droit national et international. » TRT-3, RO 00117-2004-044-03-00-3, Alice Monteiro de Barros, 25/10/2004.

⁹²⁰ Quant à l'installation de caméras dans des réfectoires, il y a divergence. Se trouvent jugés des cas qui permettent cette pratique, à l'exemple du cas TRT-2, RO 01306-2006-391-02-00-2, Carlos Francisco Berardo, 05/04.2008. Mais, en accord avec Bruno Lewicki, il est inadmissible de « comprendre que l'ensemble de lieux de l'établissement soit sous le contrôle absolu de l'employeur et autorise l'introduction d'appareils audiovisuel indistinctement », Lewicki, *A vida privada...*, 144.

⁹²¹ Dans le sens de la dissimulation de l'utilisation de ces appareils dans les toilettes, même si les caméras sont éteintes ou qu'elles restent peu de temps dans ces lieux, se tient la décision suivante du TRT-3 : « ne peut être accepté le fait que l'entreprise installe une caméra dans les toilettes utilisées par ses employés, de sorte de les obliger à utiliser des parapluies pour se cacher ou éteindre la lumière. Peu importe qui a installé la caméra, car, même si cela est survenu en l'absence de la propriétaire de la boutique, il existe un responsable, restant indéniable sa responsabilité pour l'acte illicite invoqué et pratiqué dans les dépendances de son établissement commercial. Que l'appareil fonctionne ou pas est hors de propos. L'important, dans ce cas, est que les employés, dans le doute du fonctionnement ou non, ont été gênés et soumis à des situations indéniablement humiliantes. On conclut, ainsi, que la présence de la caméra, en plus d'avoir été le fruit d'une plaisanterie de mauvais goût, implique une réelle violation de l'intimité de ceux qui ont utilisé les toilettes de la boutique pendant les jours où l'appareil électronique est resté là. Un recours de l'accusée partiellement accueilli lui a permis de diminuer l'indemnisation pour dommage moral de R\$ 20.000,00 (vingt mille reais) pour R\$ 10.000,00 (dix milles reais). » TRT-9 RO00904-2006-071-09-00-7, Ubirajara Carlos Mendes, 18/09/2007. Dans le même sens, on trouve TRT-3, RO00205-2004-043-03-00-9, Taísa

Quant au jugement de nécessité – qui informe que le droit fondamental peut ne plus prévaloir que s’il n’y a pas un moyen moins grave d’obtenir le même résultat, et, dans le cas contraire, que la violation survienne de manière moins sérieuse –, la jurisprudence semble comprendre que la surveillance d’objets du travailleur au moyen de caméras est moins préjudiciable que la fouille physique, il est alors conseillé, inclusivement, de toujours substituer celle-ci par celle-là.

Quant à la non-discrimination, il s’est déjà aussi présenté à la jurisprudence que la caméra ne doit pas rester focalisée simplement sur le poste de travail d’un employé mais sur l’environnement comme un tout⁹²².

Il est important que soit dit que, même s’il n’existe aucune compréhension de jurisprudence consolidée sur le sujet⁹²³, qu’il y a dans la doctrine brésilienne ceux qui défendent que, pour que le contrôle au moyen de caméras vidéo soit licite, il est nécessaire d’informer l’employé que celui-ci est filmé⁹²⁴.

B. Contrôle de l’ordinateur et d’Internet

Comme on le sait, au Brésil, la législation apporte des limites importantes à l’exercice du pouvoir du travail, en particulier dans l’aspect du pouvoir de contrôle, ce qui est délimité par la jurisprudence.

En ce qui concerne le contrôle effectué par l’ordinateur et l’Internet, il n’y a pas encore de décisions suffisantes pour tracer une ligne de compréhension dominante,

Maria Macena de Lima, 14/08/ 2004 et TRT-3, RO00789-2007-076-03-00-6, Heriberto de Castro. 05/04/ 2008.

⁹²² Alice Monteiro de Barros, *Curso de Direito do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2016), 584.

⁹²³ Est encore minoritaire la compréhension qu’on doit avertir, préalablement, l’employé de la possibilité qu’il va être filmé. Dans ce sens, par exemple. « L’installation de caméras sur le lieu de travail, avec connaissance préalable des employés, conscients sachant d’ailleurs où elles sont placées, par mesure de sécurité patrimoniale de tous, n’offense pas le droit à l’inviolabilité de l’intimité garanti à l’incise X de l’art. 5 de la Constitution de la République » TST, AIRR1640408620035010051, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 24/10/2008. « L’installation de caméra sur le lieu de travail, sans communication préalable aux employés, même s’agissant de mesure de sécurité, offense le droit à l’inviolabilité de l’intimité garanti dans l’incise X de la Constitution de la République, affectant la norme insérée dans l’incise V du mentionné dispositif constitutionnel. » TRT-9 RO00904-2006-071-09-00-7, Ubirajara Carlos Mendes, 18/09/2007.

⁹²⁴ Dans ce sens, Lélia G. C. Ribeiro, *A monitorização audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante*, (São Paulo : LTr, 2008), 89, pour qui, « comme la relation d’emploi se base sur la bonne foi, dans la loyauté et la transparence, l’employeur doit informer le travailleur de l’éventuel contrôle au moyen de caméras audiovisuelles pour éviter des surprises désagréables comme l’intromission dans la sphère personnelle de l’employé, même si l’existence d’activités de surveillance électronique est indispensable à la protection de la propriété et à la sécurité des travailleurs. »

sauf en ce qui concerne la question de la surveillance et l'investigation de la correspondance électronique de l'employé par l'employeur.

Dans la doctrine, bien qu'il y ait des voix qui préconisent une interdiction de la surveillance des courriers électroniques des employés en milieu de travail, face à la compréhension du fait que cela violerait l'intimité et la vie privée des employés,⁹²⁵ prévalent les opinions qui sont permissives à cela, suivant la compréhension que c'est une action qui découle de l'exercice du pouvoir directif, étant logées par le droit de propriété de l'entreprise sur les outils de travail pour légitimer la surveillance cybernétique en milieu de travail⁹²⁶.

Le premier groupe défend la garantie de la vie privée et l'intimité des employés en milieu de travail, sans admettre aucune ingérence dans la vie privée des travailleurs, estimant que le pouvoir de direction ne peut pas éclipser la préservation des droits de la personnalité de l'employé, qui sont indisponibles et inaliénables. Il y a aussi ceux qui justifient l'interdiction de la surveillance de courrier électronique en protégeant la confidentialité de la correspondance, comparant les moyens électroniques avec les moyens en papier⁹²⁷.

Pour le deuxième groupe, l'inclusion de l'employé dans le lieu de travail de l'employeur, l'état de subordination auquel l'employé est placé sur la relation de travail et l'exercice du pouvoir directif de l'employeur, ainsi que les droits de propriété de l'employeur permettent la fiscalisation du contenu des messages électroniques et des pages consultées sur Internet par le travailleur. Le pouvoir de fiscalisation de l'employeur donne à celui-ci la prérogative de vérifier les activités exercées par l'employé pendant les heures de travail en limitant ou même en se superposant à la protection de la vie privée des travailleurs.

De plus, on se réfère à l'article 921, III du Code civil, qui stipule que sont responsables par dommages civils l'employeur ou la personne chargée de la commission

⁹²⁵ Pour tous on peut citer Barros, *Proteção à intimidade do empregado*, 33; Túlio L. Vianna, "Violação à privacidade: quero monitorar os e-mails dos ministros do TST!" *Conjur*, Accédé le 21/05/2016 http://www.conjur.com.br/2005-mai-18/quero_monitorar_e-mails_ministros_tst; et Eduardo M. Baracat, *A boa-fé no direito individual do trabalho* (São Paulo: LTr, 2002), 245.

⁹²⁶ On peut citer, pour tous, Renato Opice Blum, *O monitoramento de e-mails e a decisão do TST*, Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática. Accédé le 20/01/2016. http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=452&acao=lendo 2.

⁹²⁷ Bien que nous sommes d'accord avec la position du premier courant afin de défendre la nécessité de préserver la réserve de la vie privée de l'employé, nous comprenons que le courrier électronique doit être conçu comme une communication de données et pas comme une correspondance.

par leurs employés, domestiques et préposés dans l'exercice du travail sous leur responsabilité ou à cause de cela.

La responsabilité déterminée par cette disposition légale, en tant qu'objective, impute à l'employeur la soi-disante culpabilité pendant la surveillance, qui résulte de l'échec de l'employeur pendant l'action de surveillance de ses employés afin de prévenir la pratique d'actes illégaux. En utilisant la logique de la section III de l'article 932 du Code civil, si à l'employeur on attribue la responsabilité des actes pratiqués par ses employés au cours de la journée de travail, un devoir de surveiller les actions de ses subordonnés est donc également imposé afin d'éviter la pratique d'actes qui causent des dommages à des tiers qui peuvent être tenus responsables.

Ainsi, le positionnement défend que, face à la responsabilité de l'employeur envers des tiers, qui impose au premier l'obligation de veiller à prévenir l'utilisation abusive des outils de travail mis à la disposition du travailleur, afin de causer un préjudice à des tiers, l'employeur est autorisé à établir des critères objectifs pour la vérification du rendement des employés face à l'Internet et au courrier électronique. Autrement dit, l'intimité de l'employé ne se limite pas en raison des droits de propriété de l'employeur sur l'ordinateur ou l'exercice de son pouvoir de gouvernement, mais à cause de l'intérêt public en cause, de sorte que l'utilisation illicite de l'Internet et du courrier électronique ne vise pas à se livrer à des activités illégales ou à causer des dommages à des tiers non liés à la relation de travail.

Donc, ce qui prévaut dans la doctrine brésilienne est la compréhension que l'entreprise, une fois qu'elle est propriétaire des ordinateurs, du logiciel, du fournisseur d'accès et de la ligne téléphonique, et en tant que responsable du comportement de ses employés envers des tiers, a le droit de disposer des actifs mentionnés pour le développement de son activité et peut limiter et surveiller l'utilisation des moyens de production.

Les positionnements de la doctrine se reflètent de façon similaire dans la jurisprudence, ce qui semble se positionner de façon presque uniforme dans le sens que, dès qu'il ne s'agit pas d'un compte de courrier électronique personnel, mais de l'entreprise, le contrôle et l'investigation des communications électroniques des employés par les employeurs sont légaux⁹²⁸.

⁹²⁸ En appliquant une indemnisation pour dommages et intérêts punitifs à l'employeur qui a surveillé le courrier électronique personnel des employés, pour tous, voir la décision suivante : TRT-3, RO00685-2013-089-03-00-6, Maria Stela Alvares Campos, 23/10/2015.

D'après l'avis du TST, le droit à la vie privée est limité à la protection des communications personnelles et ne parvient pas aux communications professionnelles, parce que pour ces dernières l'employé utilise l'ordinateur et le fournisseur d'accès à Internet de propriété de l'entreprise, en plus d'utiliser une adresse de courrier électronique associée au nom de l'organisation : « les droits sacro-saints des citoyens à la vie privée et la confidentialité de la correspondance, garantis par la Constitution, concernent la communication strictement personnelle, bien que virtuelle (courrier électronique privé). Ainsi, seul le courrier électronique personnel ou privé de l'employé, en utilisant son propre fournisseur, bénéficie d'une protection constitutionnelle et juridique d'inviolabilité. Une autre solution s'impose dans le cas du soi-disant « courrier électronique » de l'entreprise, un outil de communication virtuelle par lequel l'employé accepte le terminal d'ordinateur et le fournisseur d'accès de l'entreprise, ainsi que sa propre adresse de courrier électronique qui lui est également rendue disponible par l'entreprise. Celle-ci est destinée à la circulation de messages de nature strictement professionnelle. En principe, c'est pour un usage professionnel, à moins qu'il y ait un consentement par l'employeur. Elle a donc une nature juridique équivalente à celle d'un outil de travail fourni de l'employeur à l'employé pour faire le service⁹²⁹ ».

Le justificatif trouvé a été le même déjà remarqué par la doctrine, à savoir, les équipements électroniques et le compte de courrier électronique sont la propriété de l'entreprise et elle est civilement responsable des actes des employés, car il y a un grand potentiel pour l'utilisation abusive et différente de la finalité par les employés : « si on a un « courrier électronique » d'entreprise, clairement destiné seulement pour des sujets et questions du service, ce qui est en jeu est surtout l'exercice des droits de propriété de l'employeur sur l'ordinateur en mesure d'accéder à Internet et sur le propre fournisseur d'accès. On doit penser aussi à la responsabilité de l'employeur envers des tiers pour les actes de ses employés en service (Code civil, art. 932, section III) et aussi que ce qui est en question est le droit à l'image de l'employeur, qui mérite également une protection constitutionnelle⁹³⁰ ».

⁹²⁹ TST, RR:613002320005100013, João Oreste Dalazen, 18/05/2005. Cet arrêt a été paradigmatique dans le sujet.

⁹³⁰ « Le lien étroit et plus intense qui existe depuis un certain temps avec cette partie, entre Internet et/ou correspondance électronique et motif valable et/ou criminalité exige de la parcimonie de la part des agences juridiques pour la qualification du caractère illicite de la preuve concernant l'abus de but dans l'utilisation de cette technologie, en prenant même en compte le principe de proportionnalité et donc les différentes valeurs juridiques protégées par la loi et la Constitution. L'expérience fournie au magistrat par l'observation de ce qui se passe habituellement révèle que notamment le « courrier électronique » des entreprises souffre souvent d'un écart grave de but à cause d'une utilisation abusive ou illégale pour laquelle nous vient comme

Le Tribunal supérieur du travail (TST) a déjà même ajouté que « les employés ne doivent pas nourrir l'expectative de vie privée dans le lieu de travail⁹³¹ » et l'employeur peut même enquêter sur le contenu des messages envoyés par ses employés, concluant ainsi par la possibilité de surveillance et d'investigation des activités de l'employé, ainsi que par la possibilité de les utiliser comme preuve, sans indiquer aucune limite⁹³².

§ 2^o Pourquoi faut-il limiter le pouvoir de contrôle électronique d'une façon distincte de celle du pouvoir de contrôle physique ?

Les évolutions scientifique et technologique influencent tous les secteurs de la vie, transformant la société et la mentalité des personnes et répercutant dans les relations de travail, en suscitant l'intérêt du droit. Au tout début de la révolution électronique, Paul Barant défendait que cette nouvelle technologie n'aurait pas besoin du Droit parce qu'elle avait « produit ses propres anticorps⁹³³ » et créé son autorégulation sur tout ce qui serait socialement important. Cependant, la tendance ne semble pas avoir été celle-là en droit comparé. Les droits étrangers ont commencé à réglementer certains

exemple l'envoi d'images pornographiques. Il est donc opportun en fin de compte de savoir quel employé peut causer des dommages expressifs à l'employeur. » TST, RR613002320005100013, João Oreste Dalazen, 18/05/2005.

⁹³¹ « Contrairement à ce qui se passe avec des messages électroniques résultants de ou adressés à un courrier électronique personnel ou privé des employés, qui bénéficient de la protection constitutionnelle et juridique d'invulnérabilité (art. 5^e, section LVI, de la CF/88), le courrier électronique d'entreprise et les programmes de messagerie instantanée (MSN, Yahoo Messenger, Exodus et similaires) semblent comme de simples outils de travail ayant le but de faciliter la communication virtuelle entre les employés et les clients. Ils ne sont donc pas protégés par une garantie de secret ou d'invulnérabilité, et même pour la simple raison qu'il n'est pas rare qu'ils souffrent des écarts graves de but par une utilisation abusive ou illégale, comme on voit dans l'exemple de l'envoi d'images pornographiques, ce qui constitue donc un instrument par lequel le travailleur peut potentiellement causer des dommages importants à l'employeur. Licite donc son contrôle par l'employeur, ainsi que son utilisation éventuelle comme une preuve relative à des actes illicites commis par l'employé ». TRT-9, RO296320052904 Sueli El-Rafih, 19/01/2007. En ce même sens, dans TST, AIRR1640408620035010051, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 24/10/2008.

⁹³² « L'employeur peut surveiller et suivre les activités des employés dans l'environnement de travail à travers le « courrier électronique » de l'entreprise, à savoir, vérifier ses messages, tant du point de vue formel que sous l'angle matériel ou de contenu. La preuve ainsi obtenue n'est pas illégale quand elle est pour montrer un motif valable de licenciement en raison de l'envoi de matériel pornographique à un collègue. Manque d'affront à l'art. 5^e, sections X, XII et LVI de la Constitution fédérale. » TST, AIRR1649005720015030001Pedro Paulo Manus, 26/11/2008. TST, AIRR1542402420055020055, Ives Gandra Martins Filho, 04/06/2008.

⁹³³ Rodotà S. *Tecnologie e diritti*, 1995, 359.

aspects dans le but d'imposer des limites aux effets relationnés au phénomène de la société de l'information.

On pense, donc, que face à ces technologies associées à l'informatique, l'on doit changer de paradigme et répondre aux risques sociaux impliqués⁹³⁴. Nous devons substituer l'idéologie du « laissez-faire, laissez innover⁹³⁵ » par une réglementation consciente du fait que la nouvelle ère informatique modifie le propre cadre de valeurs dans lequel la société s'inscrit.

Compte tenu de l'évolution historique, l'innovation technologique a toujours eu une influence décisive sur les relations de travail, pour ne citer que la Révolution industrielle, en y vérifiant le grand changement qui a eu lieu à la fin du XVII^e siècle et au début du XIX^e siècle, en promouvant des changements de fait qui emmèneraient même à l'émergence du droit du travail en tant que discipline autonome.

En s'aidant des concepts et des caractéristiques qui recouvrent la notion de société de l'information, il est possible d'établir un certain nombre de relations entre ceux-ci et les changements apparus dans la protection à la vie privée. C'est que la chronique judiciaire du passé se référant à la construction de la protection juridique de la vie privée a été marquée par un élitisme, qui était toujours lié à des célébrités de l'époque, dont l'intimité était fréquemment envahie par la presse locale. La vie privée- et la construction de sa protection juridique- ont été, donc, fruit des innovations technologiques ayant permis la massification de la presse au XIX siècle.

D'autre part, nous ne sommes pas surpris du fait que les avancées technologiques ayant suivi à partir des années 1970 aient apporté un changement radical dans le concept de vie privée et de sensibilité sociale qui lui sont associées⁹³⁶. Ainsi, la technologie, conjointement avec certains changements dans le tissu social, va définir directement le contexte dans lequel l'information personnelle et la vie privée vont s'accorder ; en conséquence, toute analyse sur ces phénomènes doit prendre en compte le vecteur de la technique comme l'un de ses éléments déterminants. Sans perdre de vue que le contrôle sur l'information a toujours été un élément essentiel pour la définition des

⁹³⁴ Dans ce sens, pour tous, Blanca, *El secreto de las comunicaciones : tecnología e intimidad*, 177.

⁹³⁵ Expression utilisée par Rodotà, *Technologie e diritto*, 37.

⁹³⁶ « Le XXème siècle a été généreux dans la création et le développement de techniques d'enregistrement, de communication et d'observation qui ont mis en risque la sauvegarde de la vie privée des gens. L'apparition du téléphone et du télex, en premier lieu, et plus tard de l'ordinateur, de l'internet et des divers services qui lui sont associés, ont augmenté, et de beaucoup, la possibilité d'attentats au droit à la vie privée des gens. » Januário Gomes, "O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador," *BMJ*, 319 (1982) : 34.

pouvoirs à l'intérieur d'une société, la technologie a spécifiquement opéré l'intensification des flux de l'information et, par là-même, de ses sources et de ses destinataires.

La rapidité et la potentialité élaboratrice des ordinateurs, alliée à leur capacité d'articulation de données pouvant gérer un nouvel ensemble d'informations, constitue pour l'individu un danger concret concernant l'intégrité de sa vie privée. Et avec la massification de la diffusion des NTIC ce ne sont plus seulement les personnages de grande importance sociale qui ont été sujets à avoir leur vie privée atteinte, mais une tranche beaucoup plus grande de la population, dans une gamme également variée de situations⁹³⁷.

Au début, ce fut l'État qui se trouva en position de profiter largement d'informations personnelles. Les motifs en sont assez implicites : il suffit de vérifier qu'un présupposé pour une administration publique efficiente est la connaissance aussi parfaite que possible de la population⁹³⁸, à l'aide de, par exemple, la réalisation de recensements et de sondages⁹³⁹, et l'établissement de règles pour rendre obligatoire la communication de certaines informations personnelles à l'administration publique, pour une plus grande efficacité. Pour ce qui est du contrôle, il suffit de se tourner vers les diverses formes de contrôle social pouvant être réalisées par l'État et qui seraient potentialisées avec la plus grande disponibilité d'informations sur les citoyens, augmentant son pouvoir de contrôle sur les individus⁹⁴⁰.

En dehors de la sphère de l'État, l'utilisation de l'information était limitée, en gros pour une raison structurelle : la disproportion de moyens des organismes privés par

⁹³⁷ « C'est l'habitude des grands ordinateurs qui tend à répercuter sur les pauvres, les vulnérables, les minorités particulièrement désavantagées face aux grandes forces bureaucratiques » David Lyon, *The electronic eye : the rise of surveillance society*, (United Kingdom : Polity Press, 1994), 14.

⁹³⁸ Guido Alpa rappelle que James Madison, le quatrième président des EUA, aurait déclaré en 1882 que : « un gouvernement populaire, sans information, ou sans les moyens pour l'acquérir, n'est rien de plus que le prologue d'une farce ou d'une tragédie; ou peut-être des deux; la connaissance dominera toujours l'ignorance, et un peuple qui prétend se gouverner doit s'armer d'un pouvoir, celui de la connaissance » Guido Alpa, "Vie privée et statut de l'information", in *Banche dati telematica e diritti della persona*, (Padova : CEDAM, 1984).

⁹³⁹ « L'exigence des sociétés pour des données sur elles-mêmes, sur ses relations sociales et sur ses individus la constituant n'est pas une nouveauté. À mesure que les sociétés sont devenues plus complexes, la nécessité de données s'est agrandie[...] Pour trouver une base plus sévère dans la prise de décisions, les gouvernements et les entreprises ont commencé à dépendre sans nul doute de meilleures sources d'information- une confiance qui est apparue autant due à la plus grande efficacité qu'une information précise puisse fournir et parce qu'elle permet que les ressources soient plus efficacement (et peut-être plus équitablement) fournies allouées. » David Lyon, *The electronic eye*, 32.

⁹⁴⁰ « Cela ne date pas seulement d'hier que la collecte d'informations personnelles constitue un instrument pour un contrôle individuel et de groupes, conduisant à une violation générique et occasionnelle de la sphère privée des individus. » Stefano Rodotà, *Technologie e diritti*, 79.

rapport à l'État. Une telle activité n'était pas attrayante pour le privé du fait de ses coûts élevés, autant pour le traitement des données que devant la propre difficulté de sa collecte. Cette prévalence de l'utilisation par l'État d'informations personnelles a perduré jusqu'à ce que soient développées des technologies qui facilitent sa collecte et son traitement par des organismes particuliers, non seulement en baissant les coûts comme également en offrant une nouvelle gamme étendue de possibilités d'utilisation de ces informations, ce qui arriva au développement des technologies de l'information, grâce en particulier aux avancées de l'informatique des dernières décennies. Ainsi, l'importance de l'information augmente dans la mesure où la technologie commence à fournir des moyens pour la transformer en une utilité, à un coût raisonnable.

Il est possible d'illustrer ce scénario à partir de la tripartition élaborée par Alan Westin au début des années 1970, selon laquelle il existerait trois types de menaces de nature technologique pour la vie privée : la surveillance physique (à travers les microphones, par exemple), la surveillance psychologique et la surveillance des données personnelles⁹⁴¹. Il arrive que, à cause d'une convergence de technologies variées vers un milieu électronique et d'une réduction de ses outputs au moderne dénominateur commun de l'information- le milieu digital - il arrive un phénomène intéressant de convergence: une grande partie de ce qui était avant considéré une surveillance physique, comme également psychologique, devra désormais être traité comme étant une forme de surveillance sur des données personnelles⁹⁴².

De fait, l'introduction de la technologie de l'information dans l'entreprise pour contrôler la performance de travail « n'est pas un élément neutre⁹⁴³ », mais complexe et capable de retailler l'équilibre du pouvoir trouvé dans la subordination du contrat de travail, tout en générant de nouveaux risques pour les droits fondamentaux des travailleurs, notamment le droit à la vie privée : les atteintes à la vie privée vus dans l'aspect de la protection de données personnelles.

En dehors du fait d'appliquer des sanctions et de diriger la prestation de services (y compris par réglementation), le pouvoir de l'employeur assuré par le contrat de travail lui confère également la prerogative de surveiller⁹⁴⁴, qu'on comprend comme la faculté de surveillance nécessaire à l'organisation du travail de l'entreprise, ce qui

⁹⁴¹ Alan Westin. *Privacy and freedom*, 65-168.

⁹⁴² James Michael, *Privacy and human rights*, (Hampshire : Dartmouth, 1994), 9.

⁹⁴³ James Michael, *Privacy and human rights*, 11.

⁹⁴⁴ Voir le chapitre 01 de la première partie.

représente un outil essentiel pour l'évaluation des formes d'exécution du contrat de travail⁹⁴⁵.

Ce type de surveillance et de contrôle a envahi le « code génétique⁹⁴⁶ », la forme d'organisation du travail dès l'application de la théorie de Taylor dans la version fordiste, à qui on octroie un rôle très important dans le contrôle et la surveillance des faits par le personnel de gestion afin de parvenir à la réalisation de certains objectifs productifs⁹⁴⁷.

Dans le contractualisme, la doctrine est unanime à comprendre que le pouvoir de contrôle est inhérent au contrat de travail car il ne serait pas logique que l'employeur pût dicter des ordres et des instructions (pouvoir directif) et plus tard ne puisse pas vérifier si ceux-ci ont bien été respectés, en trouvant cela inévitable⁹⁴⁸. Donc, en prenant les risques de l'activité économique, l'employeur doit contrôler l'organisation des facteurs de production. D'autre part, en signant le contrat de travail, l'employé est soumis à l'organisation productive d'autrui, où son titulaire a la possibilité de vérifier la bonne exécution de ses commandes.

Si, toutefois, à l'origine on a déjà entendu que l'analyse de cette faculté d'affaires devrait être réalisée comme une simple facette accessoire du pouvoir directif, aujourd'hui des questions telles que le contrôle du courrier électronique et de l'Internet ou par la surveillance vidéo ont converti ce sujet en un phénomène de dimensions

⁹⁴⁵ En ce sens, Giuseppe Pera, *Diritto del Lavoro* (Roma : Giuffrè Editore, 1990), 189, en mentionnant que « l'employeur a le droit de surveiller l'exécution de la prestation et, en général, le comportement du travailleur. Il avertit cependant que ce pouvoir a dans le *Statuto dei Lavoratori* de nombreuses limites afin d'assurer la liberté et la dignité des travailleurs. »

⁹⁴⁶ En ce sens, Alessandro Bellavista, "Le prospettive della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro", *RGLPS I* (2003) : 55.

⁹⁴⁷ David-Lyon donne l'exemple de la première industrialisation comme une forme de contrôle des travailleurs sans nécessité d'employer la force, une fois que la forme de contrôle est basée sur les nouvelles formes de gestion industrialisée, donnant comme exemple Marx en tant qu'un auteur qui a pu démontrer ces nouvelles formes de contrôle. L'auteur a fait valoir que mettre les travailleurs ensemble était une façon de les maintenir contrôlés et a prévu aussi que les nouvelles technologies seraient l'instrument pour maintenir ce contrôle. Lyon, *The electronic eye*, 121-122.

⁹⁴⁸ En ce sens, par exemple, Amadeu Guerra, *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, as alterações do Código do Trabalho*, (Coimbra : Almedina), 2004, 29, pour qui il est inévitable, pour que le pouvoir directif obtint un sens « utile » et se révèle efficace, la possibilité de contrôle par l'employeur, soit un contrôle initial, soit continu, afin de vérifier et évaluer la conformité correcte de la prestation de travail, ainsi que pour ajuster certaines procédures organisationnelles ou modifier la forme de prestation du contrat, mais toujours selon les limites fixées par celui-ci. Dans le même sens de son caractère inévitable, dans la doctrine française, Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, 83, qui défend « rien n'est plus légitime » pour un employeur que contrôler ses travailleurs. Aussi en Françoise Favennec-Héry, " *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire*," *Droit Social* (2004) : 52 « On a écrit que l'employeur n'a pas seulement le droit et même le devoir de contrôler et surveiller l'activité des employés, bien que cette activité de contrôle soit soumise à trois conditions : le devoir de loyauté, le respect des procédures et l'absence d'attaques de la vie privée des travailleurs. »

complexes qui justifient la considération de l'étude autonome de ce pouvoir de contrôle⁹⁴⁹.

Les changements dans l'organisation de l'entreprise et dans la structure de production et les changements dans l'organisation du travail causés par l'introduction de nouvelles technologies sont en train d'affecter le pouvoir de contrôle et d'exiger de nouvelles formes de rationalisation et de gestion des ressources humaines, ainsi que l'acte de favoriser et l'apparition de nouvelles formes de contrôle. Si le contrôle par l'employeur n'est pas nouveau, ni interdit, la nouveauté vient du fait de l'apparition de nouvelles technologies qui ont plus d'efficacité de contrôle et dotées d'une capacité de collecte et de stockage de données parfois sans limites.

Ce phénomène factuel interfère dans la solution précédemment trouvée par le droit du travail au sujet de la question du pouvoir dans les rapports de travail, ce qui apporte au thème une nouvelle réalité et actualité⁹⁵⁰.

Construite sur un modèle fordiste, la théorie de la subordination juridique doit s'adapter pour trouver une place dans un système hétérogène de modèles d'organisation du travail dans lequel la circulation d'une information transversale et rapide surmonte l'organisation hiérarchique et verticale typique de ce modèle⁹⁵¹.

Il s'avère que, comme cela a été vérifié, l'insuffisance des cadres généraux du droit civil pour le cadre juridique de la situation de pouvoirs inhérente à la relation de travail a engendré deux principales justifications doctrinales pour son fondement : une sans engagement avec le droit contractuel et qui affecte plus les paramètres du droit administratif, en reconnaissant et en autorisant l'existence d'une hiérarchie dans l'entreprise - parfois, en tant qu'extension de l'État en lui-même - puisque, en théorie, les objectifs du projet étaient dans ce cas poursuivis par tous, dans une relation corporative - et autoritaire; une autre, insistant sur la nature contractuelle de la relation entre l'employé

⁹⁴⁹ La question de l'autonomie de ce pouvoir a dans la doctrine espagnole une incidence spéciale, étant donné le contenu de l'art. 20, n° 3 du *Estatuto de los Trabajadores*, parce que le législateur a établi la division entre « direction et contrôle de l'activité du travail ». Voir Jesus M. Girón, Alberto Arufe et Xosé C. Vázquez, *Derecho del trabajo*, (Madrid : Netbiblo, 2006), 239 ; et en ce même sens, Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 21.

⁹⁵⁰ Comme il a été observé par Hans-Joachim Reinhard, "Vías de aplicación", in Angel Jurado et al., *Tecnología Informática y privacidad de los trabajadores*, (Madrid : Editorial Aranzadi, 2003), 349, « l'utilisation des TIC (Technologies de l'information et de la communication) a mis en évidence la tension existant entre deux principes distincts qui semblent apparemment contradictoires : d'une part le principe de l'inviolabilité de la vie privée des travailleurs, ainsi que leurs communications personnelles, et d'autre part le principe de libre exercice par l'employeur de son droit à la propriété privée et son pouvoir de contrôle. »

⁹⁵¹ Comme on peut voir dans Alain Supiot et al., *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*, (Coimbra Editora : Coimbra, 2003), 17, le modèle fordiste a dominé depuis longtemps en Europe, mais maintenant il est en train de « perdre du terrain face aux nouveaux modèles ».

et l'employeur, a suggéré la création d'un contrat autonome des autres opérations juridiques en droit civil, avec leurs propres caractéristiques et éléments, d'où serait tiré le fondement du pouvoir au travail, vu que la subordination juridique serait l'une des composantes du nouveau contrat. Cependant, comme la personnalité de l'employé compose également la propre caractéristique du contrat de travail subordonné, la loi - ainsi que la jurisprudence et les normes découlant des négociations collectives - devrait imposer des limites à l'exercice de ces pouvoirs sur le travail, présentant clairement les contours de la subordination juridique, préservant ainsi aussi bien le caractère privé que l'aspect démocratique des relations de travail, en dépit de l'asymétrie factuelle reconnue de pouvoir qui lui est inhérente.

Le Brésil possède une particularité dans la structure logique de son droit du travail : la législation, bien qu'elle le reconnaisse expressément, n'impose pas de limites significatives aux pouvoirs du travail, cette mission étant confiée à la jurisprudence, sous réserve de perdre le caractère scientifique du droit du travail et la vocation démocratique que la Constitution de 1988 a établi au sujet des relations de travail.

Par conséquent, la jurisprudence recherche dans la théorie du droit constitutionnel allemand des techniques herméneutiques qui permettent un plus grand activisme judiciaire - vu que ce pays a dû également adapter la législation nazie à la Loi Fondamentale démocratique survenue durant l'Après-Seconde Guerre Mondiale⁹⁵². Ainsi, les cours brésiliennes utilisent la théorie de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux afin d'appliquer directement - ou indirectement - les normes constitutionnelles aux relations de travail⁹⁵³. Elles appliquent également les normes de protection des droits de la personnalité contenues dans le Code Civil pour imposer des limites aux pouvoirs du travail, dans ce contrat qui vise à affecter les libertés des travailleurs⁹⁵⁴.

Toutefois, après que les nouveaux risques contre le droit à la vie privée de l'employé face à l'entrée des nouvelles technologies pour le contrôle de sa performance au travail aient été démontrés, il a été constaté que les limites antérieurement imposées à l'exercice du pouvoir de contrôle ne répondent déjà plus à l'équilibre de ces relations,

⁹⁵² Nesse sentido, por todos, Mendes et Branco, *Curso de direito constitucional*, 231 et suiv.

⁹⁵³ STF, ARE1043693DF, Ricardo Lewandowski, 10/05/2017. STF, ARE814135MG, Roberto Barroso, 02/10/2014. STF, Rcl13691PR, Cármen Lúcia, 21/03/2013. TST, RR2673006420035070003, José Roberto Freire Pimenta, 15/05/2013. TST, AIRR9055620145050161, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 05/10/2016. TST, RR8254620125040402, Mauricio Godinho Delgado, 04/06/2014. TRT-7, RO36003520085070032CE José Antônio Parente da Silva, 29/11/2010

⁹⁵⁴ TRT-3, RO01267201413403007, Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt, 21/06/2016.

remettant en discussion le débat toujours actuel - qui est à l'origine de la problématique à partir de laquelle le droit du travail est né en tant que discipline autonome - au sujet du fondement du pouvoir de l'employeur.

Ainsi, pour que la jurisprudence brésilienne puisse construire de nouvelles limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur, en gardant sa propre scientificité du droit du travail brésilien, il est nécessaire, à la lumière de l'expérience étrangère, qu'on reconnaisse que pour assurer l'efficacité d'une protection à la vie privée on ait désormais besoin d'un élément au-delà du droit à l'isolement. Il devient indispensable de penser à un droit pour la protection de données personnelles, sans lequel l'individu ne disposerait pas des moyens nécessaires pour la construction et pour la consolidation d'une propre sphère privée, dans un paradigme de vie en relation et sous le signe de la solidarité.

Chapitre 2 : Le droit à l'autodétermination informationnelle comme limite au pouvoir de l'employeur face à la diffusion des TIC

Après avoir contextualisé la question traitant de l'amplification du pouvoir de l'employeur et des risques pour la vie privée des employés, provenant de la diffusion des nouvelles technologies de la société de l'information, le moment est venu de se pencher sur l'étude de la législation étrangère qui traite de la protection des données personnelles. De fait, une étude de la législation étrangère et une étude de droit comparé ne sont pas la même chose, toutefois pour que nous atteignons les objectifs recherchés par le comparatisme, il est indispensable de passer par l'analyse de la législation étrangère⁹⁵⁵. Rappelons-nous que lorsque l'on parle de droit « étranger » en matière de droit comparé, « le mot « étranger » doit s'entendre dans tous ses sens : il couvre effectivement tous les autres droits, spécialement nationaux, voire supranationaux s'ils sont étudiés au regard d'un autre droit, en particulier un droit interne⁹⁵⁶ ».

Nous étudierons, de fait, les origines du débat jurisprudentiel autour de la protection d'un droit à l'autodétermination informationnelle dans le droit allemand, conformément à la construction du Tribunal Constitutionnel Allemand (TCA), dans laquelle l'observation de la protection des données personnelles a été considérée essentielle pour une réelle protection du droit fondamental à la vie privée (*Section I : Contribution du droit allemand : construction du droit à l'autodétermination informationnelle*) ; et, ensuite, nous aborderons l'état du sujet dans le cadre du droit international et supranational (*Section II : La protection des données personnelles en*

⁹⁵⁵ Picard, "L'état du droit comparé en France," 898.

⁹⁵⁶ « D'une façon générale, l'adjectif s'applique à tous les droits autres que ceux que pratiquent habituellement les juristes qui procèdent à cette comparaison, pour eux-mêmes ou pour leurs lecteurs ou auditeurs : ces droits sont en ce sens étrangers à ceux qui entreprennent de les découvrir et de les comprendre, dans la mesure où ces droits ne sont pas les leurs. [...] le droit comparé est donc essentiellement un savoir sur ces droits. » Picard, " L'état du droit comparé en France," 887.

niveau international).

Section I : Contribution du droit allemand : construction du droit à l'autodétermination informationnelle

Ce fut la jurisprudence du TCA la première source de formulation juridique systématique du droit à l'autodétermination informationnelle en un système juridique ouvert⁹⁵⁷. De cette façon, son analyse est fondamentale pour que l'on comprenne la manière par laquelle le droit fondamental à la vie privée a évolué pour que l'élément de l'autodétermination informationnelle s'incorpore à lui. Le droit brésilien, puisqu'il se présente sous la forme d'un système juridique ouvert, peut s'inspirer de cette construction pour essayer de systématiser une étude du droit à la protection de données.

Pour cela, à partir d'une analyse de l'évolution jurisprudentielle du TCA sur le thème de la vie privée (§ 1^o : *Evolution jurisprudentielle de la portée du droit fondamental à la vie privée dans le Tribunal Constitutionnel Allemand*), seront présentés les principaux fondements juridiques qui ont soutenu la formulation d'un droit fondamental à l'autodétermination informationnelle (§ 2^o : *Le droit à l'autodétermination informationnelle dans la décision du recensement*).

⁹⁵⁷ Sur la conception moderne d'un système juridique ouvert et constitutionnel en opposition à un système juridique fermé et positiviste ou légaliste, voir : Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 et Ronald Dworkin, *Levando os direitos à sério*, 2002. On rappelle qu'au Brésil, la jurisprudence, celle du STF (STF, Rcl15820RO, Cármen Lúcia, 06/06/2013 ; STF, Rcl28586RJ, Luiz Fux, 09/10/2017.), comme celle du TST (TST, RR27749720125020067, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 29/04/2015 ; TST, E-ED-RR:899007520055220003, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 04/12/2008 ; TST, RR16844020105090678, José Roberto Freire Pimenta, 22/11/2017 ; TST, RR11637120115090028, Alexandre de Souza Agra Belmonte, 07/11/2017.) et celle des autres Tribunaux Supérieurs (STJ, EREsp1609444SP, Reynaldo Soares da Fonseca, 26/10/2016 ; STM, AP00001549720167120012AM, Lúcio Mário de Barros Góes, 31/10/2017 ; TSE, RESPE00001263720156210000, Luciana Lóssio, 20/09/2016 ; STJ, REsp1431606SP, Paulo de Tarso Sanseverino, 15/08/2017 ; STM, AP:00000912120157110211DF, Cleonilson Nicácio Silva, 03/10/2017), s'inspire particulièrement des ces travaux pour construire un système juridique ouvert et constitutionnel. Cela justifie le choix d'analyser certains aspects du droit allemand dans ce chapitre.

§ 1^o Evolution jurisprudentielle de la portée du droit fondamental à la vie privée dans le Tribunal Constitutionnel Allemand

La théorie de la protection de données personnelles comme élément de la protection de la vie privée est le résultat d'une construction jurisprudentielle dans le TCA qui remonte à la théorie des sphères (*Sphärentheorie*), qui influence beaucoup la protection de la vie privée dans l'ordre juridique brésilien jusqu'à nos jours⁹⁵⁸. Avec les avancées technologiques, cette théorie a désormais été considérée par le tribunal comme insuffisante pour permettre une protection effective du droit fondamental à la vie privée, ce qui a marqué le début d'un changement de compréhension sur le thème (A). Plus tard, cette évolution jurisprudentielle atteindrait son apogée, à partir de la décision proférée dans « le cas du recensement⁹⁵⁹ », grâce à la reconnaissance du caractère positif du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle et à la délimitation de ses fondements (B).

A. La protection de la vie privée par la théorie des sphères et son insuffisance face aux avancées technologiques

Parmi les différentes théories qui se sont développées pour justifier la protection de la sphère privée du sujet dans le droit allemand se distingue la célèbre « théorie des sphères⁹⁶⁰ ».

⁹⁵⁸ Comme il a été référé auparavant (§ 1^o de la Section I du Chapitre 3 de la Première Partie).

⁹⁵⁹ BVerfGE 65,1.

⁹⁶⁰ Nous devons signaler que, en dehors de la théorie des sphères, et avec le même objectif de faire face aux dangers qui menaçaient la sphère privée de l'individu, la doctrine a développé d'autres théories. On cite, par exemple, la « théorie des Rols » (« *Die Rollentheorie* »), qui concevait la vie privée par rapport à la sphère publique, dans laquelle chaque sujet avait un « rol » déterminé. Le critère décisif pour la défense de la sphère privée serait, non les sphères de Hubman, mais la distribution de ces « rols » dans le processus de communication. On peut encore mentionner la théorie de la représentation autonome (*Die Theorie des autonomen Selbstdarstellung*), qui mettait en relief la défense de la liberté de décision privée ; tout comme la théorie de la communication (*Die kommunikationstheorie*), qui considérait la communication verbale une condition indispensable pour que l'individu participe de la société en construisant ainsi sa personnalité. Le problème de toutes ces théories restait toujours celui de l'indétermination des éléments marquants et celui du niveau de protection qui correspondait à chaque activité ou à chaque comportement humain, en dehors d'autres problèmes spécifiques qui affectaient chacun d'eux. Voir Monica Arenas Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, (Valencia: Tirant, 2006), 64-65.

Cette théorie tient ses origines dans l'affaire Elfes, de 1957⁹⁶¹, dans laquelle le TCA, en donnant ses contours au contenu du libre développement de la personnalité disposé dans les articles 1.1 et 2.1 de la GG⁹⁶², a reconnu l'existence d'un « champ intangible de la liberté humaine⁹⁶³ », en déclarant que la Loi Fondamentale ne prétendait pas protéger un champ restreint de la liberté de l'individu, mais plutôt un spectre plus important.

Ainsi, le TCA a distingué différents champs ou sphères dans la vie privée des individus, en fonction de la relation existante entre la vie privée de l'individu et son développement en société, qui étaient garanties d'avoir diverses intensités de protection, selon l'intimité de la sphère.

En se basant sur les études de Hubman⁹⁶⁴, le TCA a ainsi distingué trois sphères: a) une sphère interne, qui représenterait un champ ultime intangible de la liberté humaine, ou en d'autres termes, le champ le plus interne et intime de l'organisation de la vie privée; b) une ample sphère privée, qui rassemblerait le champ privé dans la mesure où il n'appartient pas à la sphère antérieure, plus interne; et c) une sphère sociale, qui rassemblerait tous ces comportements et ces activités qui ne sont pas protégés par l'ample sphère privée.

Ainsi, en considérant que le justificatif d'une éventuelle ingérence qui dépende du degré d'intensité du champ privé devrait être plus rigoureux, il s'est construit une jurisprudence qui donnait au champ intime une protection absolue, sans qu'il existe la moindre possibilité d'évaluer la garantie de cette sphère avec d'autres biens. Pour la sphère de l'ample vie privée, le tribunal exigeait le strict respect du mandat de proportionnalité. Quant à la sphère sociale, les ingérences devraient être analysées par un conseil de proportionnalité moins excessif⁹⁶⁵.

L'importance de cette théorie a été sa grande influence dans la construction du droit à l'autodétermination informationnelle⁹⁶⁶. Cependant, son problème majeur était l'imprécision de la classification des sphères et les problèmes de détermination des limites et des garanties qui en procèdent. En plus, la théorie ne prenait pas en compte les avancées

⁹⁶¹ BVerfGE 6,32.

⁹⁶² Comme on l'a vu dans le Chapitre 2 de la Première Partie.

⁹⁶³ BVerfGE 6,32.

⁹⁶⁴ Hubman. *Das Persönlichkeitsrecht*, 1967, cité par Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, 60.

⁹⁶⁵ Cette théorie a été largement admise dans la doctrine et la jurisprudence brésilienne. Voir, par exemple, TST, RR5518600172002512, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, 11/11/2005.

⁹⁶⁶ Dans ce sens, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 356-357.

technologiques et ce en quoi celles-ci affecteraient la vie privée de l'individu, si bien que son application s'en soit montrée insuffisante. Et cela est désormais révélé dans les décisions proférées par la cour, spécialement à partir de l'affaire *Microzensus* de 1969⁹⁶⁷.

B. Le cas du Recensement : la reconnaissance du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle

La République Fédérative d'Allemagne possédait, dès 1977, une loi fédérale de protection des données personnelles⁹⁶⁸. Il existait déjà une culture imprudente de protection de données personnelles et de nombreux *Länder* possédaient leurs propres lois et structures administratives en ce sens⁹⁶⁹. Dans ce cadre, les travaux du recensement en Allemagne, qui auraient dû être terminés en 1983, ont fini par provoquer la méfiance de plusieurs secteurs de la société vis à vis de la méthode de collecte d'informations utilisée et par rapport à leur destination. Celle-ci a été la cause de la célèbre décision du TCA, qui est encore aujourd'hui une grande référence dans le domaine de la protection des données personnelles.

Le déflagrateur de la décision fut la propre loi qui a organisé le recensement, approuvée en 1982⁹⁷⁰. Cette loi prévoyait que chaque citoyen devrait répondre à 160 questions, qui seraient postérieurement soumises à un traitement informatisé. Certains points de la loi ont créé des controverses, entre lesquelles la possibilité que les données obtenues par le recensement soient confrontées aux données du registre civil pour une éventuelle rectification du propre registre; la possibilité que ces mêmes données, si elles ne sont aucunement identifiées par le nom de chaque titulaire, puissent être transmises aux autorités fédérales et aux *länder*, et l'existence d'une amende pécuniaire, relativement élevée, pour ceux qui ne répondraient pas⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ BVerfGE 27, 1.

⁹⁶⁸ BVerfGE 65, 1.

⁹⁶⁹ D'ailleurs, la première loi sur la matière est allemande. La loi du Land de Hesse, de 1970. La *heissisches Datenschutzgesetz*. Cette loi a créé une autorité- le *Datenschutzbeauftragter*, ou Commissaire pour la protection de données- lequel contrôlerait l'élaboration informatique de données personnelles en confrontation avec l'administration publique, dans une initiative pionnière en Europe jusqu'à ce jour. Voir : Vittorio Frosini *Contributi ad un diritto dell'informazione*, (Nápoles : Liguori, 1991), 23.

⁹⁷⁰ La « *Volkzahlungsgesetz* », représentative de la seconde génération de lois sur la protection de données personnelles, comme il a été vu plus haut.

⁹⁷¹ BVerfGE 65,1

Ceux-ci et d'autres points ont provoqué un sentiment généralisé d'insécurité, allié au sentiment que le gouvernement pourrait profiter des données obtenues - qui serviraient en principe à des finalités statistiques- pour réaliser un contrôle au peigne fin des activités et de la condition personnelle des citoyens⁹⁷².

Des problèmes de ce genre devraient trouver des solutions adéquates dans la loi de protection des données, qui était déjà en vigueur. Cette loi, cependant, ne s'est pas montrée capable de fournir des garanties suffisantes ni de faire face aux aspects controversés de la loi du recensement : en 1978 encore, un juge administratif a établi que les lois relatives à la collecte de données pour des fins statistiques prévaudraient, en cas de conflit, sur la loi fédérale de protection des données personnelles⁹⁷³. Il s'ajoute à cela le fait que, face à l'existence d'une loi spécifique sur des données personnelles, le recours à la Loi Fondamentale a semblé une action impropre à nombre de juristes⁹⁷⁴.

Certains commissaires de protection des données personnelles⁹⁷⁵ et certaines entités de la société civile organisée ont alerté sur les problèmes que le recensement, tel qu'il a été programmé, pourrait occasionner aux citoyens. Cette protestation a été à l'origine du procès ayant provoqué la décision de la Cour Constitutionnelle, suspendant provisoirement le recensement et déclarant que la loi qui l'instituait était inconstitutionnelle d'après les articles 1.1 et 2.1 de la Loi Fondamentale⁹⁷⁶.

§ 2^o Le droit à l'autodétermination informationnelle dans l'affaire du recensement

Comme nous l'avons observé, en résolvant la question de l'inconstitutionnalité présentée contre la Loi du Recensement de 1983, le TCA a défini

⁹⁷² Dans ce sens, Manuel Januário da Costa Gomes, "O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador", *BJM*, 319, (1982) : 34.

⁹⁷³ Voir Alessandro Pizzorusso et Vincenzo Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, (Milano : Giuffrè, 1985), 82.

⁹⁷⁴ Pizzorusso et Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 80.

⁹⁷⁵ Dans la fédération allemande, les états (*lander*) sont compétents pour légiférer sur la protection de données personnelles et aussi pour instituer leurs propres autorités pour la réalisation de ces lois.

⁹⁷⁶ Les conséquences de la décision sur le recensement ont été claires : une nouvelle loi, venue pour corriger les points contestés, a été promulguée en 1985 pour le recensement réalisé en 1987. Dans ce nouveau recensement, les données collectées à des fins statistiques étaient séparées des informations détaillées ; le citoyen était soigneusement informé sur les finalités de la collecte de données et sur l'obligation qu'il avait de les fournir ; le transfert des données personnelles entre autorités fédérales et régionales ont été entravées, entre diverses autres dispositions.

les caractéristiques du droit à la protection des données personnelles, ou autrement-dit, du droit à l'autodétermination informationnelle, telle que le tribunal la dénominaient⁹⁷⁷.

La finalité essentielle de la Loi du Recensement a été déclarée constitutionnelle, toutefois des garanties procédurales et organisationnelles ont été exigées, aux visées concernant la protection des droits fondamentaux. Le transfert de données aux autorités locales, par exemple, a également été déclaré inconstitutionnel, car il ne respecterait pas les frontières entre la collecte des données à des fins statistiques anonymes et le traitement de données personnelles venant de ces autorités.

Dans la décision, étant considéré que la peur de la population par rapport au rassemblement sans contrôle de données personnelles constituait un motif suffisant pour le questionnement des conditions constitutionnelles de la protection des données personnelles, la Cour a voulu établir une jurisprudence qui interdise les possibles conflits futurs qui puissent surgir par rapport à ce thème, en reconnaissant un « droit fondamental à l'autodétermination informationnelle⁹⁷⁸ ».

Le TCA a reconnu l'existence du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle (A), dérivant du contenu éthique de la constitution allemande, en tant qu'aspect indispensable de la protection à la vie privée ; il a réorganisé le droit fondamental à la vie privée dans sa dimension subjective à l'aide d'un critère fonctionnel comme un droit fondamental non seulement de caractère subjectif, mais aussi positif (B) ; dans le même temps où il a explicité le contenu de ce droit, en énumérant les principes dérivant de la protection des données, lesquels devraient guider le rôle de l'État à travers l'application jurisprudentielle dans des cas de restriction du droit fondamental à la vie privée ou de la création d'une législation et de l'activité administrative sur le thème (C).

A. Droit à l'autodétermination informationnelle : un nouvel aspect du droit à la vie privée

Le tribunal a reconnu que face à l'énorme capacité de stockage, de traitement

⁹⁷⁷ Il faut signaler que, malgré la décision du TCA, il faudrait attendre jusqu'à 2001 pour que soient réglementées les conditions dans lesquelles on pourrait procéder au rassemblement des données pour l'élaboration du recensement.

⁹⁷⁸ BVerfGE 65,1. Nous signalons que, malgré la décision, c'est seulement en 2001 qu'on a réglé les conditions à partir desquelles on pourrait procéder à un rassemblement de données pour des fins d'élaboration de recensements. Voir G. Braibant, *Données personnelles et société de l'information*, (Paris : La documentation française, 1998), 241.

et de croisement des données que les nouvelles technologies nous offrent, il est nécessaire que les données personnelles soient protégées, condition au libre développement de la personnalité et à la préservation d'un régime démocratique.

L'autodétermination individuelle présuppose que, même sous les conditions de la nouvelle technologie de traitement de l'information, soient garanties à l'individu sa liberté de décision sur les actions à être traitées ou omises et la possibilité pour lui de vraiment se comporter conformément à une telle décision. Nous avons donc considéré que l'autodétermination individuelle est la condition pour vivre avec dignité, et que les individus n'agiraient pas en totale liberté s'ils savaient que des données sur eux-mêmes seraient contrôlées ou connues⁹⁷⁹, ce qui « non seulement déprécierait les opportunités de la personnalité individuelle, mais aussi du bien public, parce que l'autodétermination constitue une condition élémentaire du fonctionnement de toute communauté démocratique fondée sur la capacité d'agir et de participer qu'ont ses citoyens⁹⁸⁰ ».

Face à ce scénario, le Tribunal a compris qu'il serait nécessaire d'amplifier la protection de la sphère sociale privée ou intime de l'individu⁹⁸¹, pour y inclure un nouvel aspect : celui de « garantir au sujet la capacité de décider par soi-même et quant à l'utilisation de ses données personnelles, c'est à dire, de décider quand et en quelles circonstances il se dispose à les connaître⁹⁸² ».

C'est ainsi qu'il a reconnu l'existence d'un droit fondamental implicite dans la constitution (extrait d'une interprétation élargissante des articles 2.1 et 1.1, qui consacrent le droit général de la personnalité⁹⁸³) : le droit à l'autodétermination informationnelle, qui serait le droit de voir ses données personnelles protégées. Dans ce sens, le Tribunal a affirmé que « c'est précisément pour sa protection (celle de la personne) que sert le droit général de la personnalité, garanti par l'article 2.1, en connexion avec l'article 1.1 GG, un droit qui, vus les développements modernes et face à de nouvelles menaces dont ils dérivent pour la personnalité, exige une signification

⁹⁷⁹ Celui qui n'arrive pas à déterminer avec un minimum de risque quelles informations sur sa personne sont connues dans certains aspects de son milieu social, et celui qui arrive à évaluer plus ou moins la connaissance de possibles partenaires dans la communication, peuvent se trouver singulièrement inhibés dans leur liberté de planifier ou de décider avec autodétermination.

⁹⁸⁰ BVerfGE 65,1.

⁹⁸¹ Dans ce sens, Alan Westin, *Privacy and Freedom*, (New York : Atheneum, 1967), 42.

⁹⁸² BVerfGE 65,1.

⁹⁸³ Et il continue : « L'exercice du libre développement de la personnalité, dans les conditions modernes de traitement, de rassemblement des données, demande une protection de l'individu contre la collecte sans limite, le stockage, l'utilisation et la divulgation de ses données personnelles. Cette protection provient du droit fondamental de l'article 2.1 combiné avec l'article 1.1 de la Constitution. » BVerfGE 65,1.

spéciale⁹⁸⁴ » et que ce droit « requiert, dans les conditions actuelles et futures de traitement automatique de données, des mesures spéciales de protection⁹⁸⁵ », car dès que « l'on ne peut se rendre compte avec un minimum de sécurité quelles informations personnelles sont connues dans des secteurs déterminés de l'univers social, et que, d'une certaine manière, on ne peut pas évaluer ce qu'ils peuvent connaître sur les gens, [le citoyen] peut se voir substantiellement empêché de décider ou d'agir sans autonomie⁹⁸⁶ ». Et il conclut : « est contraire au droit à l'autodétermination informationnelle un ordre social dont les normes juridiques ne disposent pas sur le droit de savoir qui, ou quoi, quand et en quelle circonstance les données de chaque citoyen sont connues⁹⁸⁷ ».

Pour le Tribunal, les données personnelles seraient toutes ces informations individuelles d'une personne identifiée ou identifiable sur elle-même ou sur ses relations. Ce concept s'est amplifié durant l'importante jurisprudence mise en place sur le thème. On considère des données personnelles, ainsi, les données de types distincts: depuis des actes matrimoniaux⁹⁸⁸, des journaux ou des annotations ou enregistrements privés⁹⁸⁹, des informations médicales⁹⁹⁰, une déficience⁹⁹¹, des décisions déclaratives d'incapacité⁹⁹², des actes et des informations venant de centres d'aide⁹⁹³, des données fiscales⁹⁹⁴, et des données sur le caractère de la personne⁹⁹⁵, de même que sur ses relations économiques⁹⁹⁶. On protège également le nom et son utilisation, qui au début était sous la protection du droit général de la personnalité⁹⁹⁷. On ne considère cependant pas pour des effets du droit à l'autodétermination informationnelle, celles qui se trouvent sous secret professionnel ou sur un état civil ou même les conversations écrites ou téléphoniques en contexte donné, qui, sans empêchement judiciaire, restent protégés par d'autres droits fondamentaux⁹⁹⁸.

⁹⁸⁴ BVerfGE 65,1.

⁹⁸⁵ BVerfGE 65,1.

⁹⁸⁶ BVerfGE 65,1.

⁹⁸⁷ BVerfGE 65,1.

⁹⁸⁸ BVerfGE 27, 344-350.

⁹⁸⁹ BVerfGE 80, 367-374.

⁹⁹⁰ BVerfGE 32, 373-379.

⁹⁹¹ BVerfGE 60, 284-286.

⁹⁹² BVerfGE 78, 77-84.

⁹⁹³ BVerfGE 44, 353-372.

⁹⁹⁴ BVerfGE 67, 69-82.

⁹⁹⁵ BVerfGE 89, 69-82.

⁹⁹⁶ BVerfGE 77, 121-125.

⁹⁹⁷ Voir, par exemple : BVerfGE 97, 391-399.

⁹⁹⁸ Ces affaires sont protégées par d'autres droits fondamentaux, comme ceux rassemblés dans les articles 12, 14 et 10 GG. « Article 12 [Liberté de choix de la profession] (1) Tous les allemands ont le droit d'opter librement pour leur profession, leur lieu de travail et celui de leur apprentissage. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu de la loi. (2) Personne ne pourra être obligé à un travail quelconque, sauf dans le cadre d'une prestation de services publics obligatoires traditionnelle et générale, égale pour tous. (3) Des travaux forcés ne sont admissibles qu'en cas de peines privatives de liberté

B. Le caractère positif du droit à la vie privée et sa fonction de droit à la prestation

La conclusion de la reconnaissance de la protection des données personnelles en tant qu'aspect indispensable pour la réalisation du droit fondamental à la vie privée a conduit le tribunal à reclasser ce droit dans le critère fonctionnel⁹⁹⁹.

Selon le Tribunal, le droit à l'autodétermination informationnelle présuppose que, même sous les conditions de technologie moderne de traitement de données- qui permet la collecte, le stockage et l'interconnexion des données à n'importe quel moment, n'importe quelle distance, en question de secondes et de forme illimitée-, l'individu exerce sa liberté de décision sur les actions devant être traitées ou omises par rapport à leurs données. Ce qui importe pour la décision sur la possibilité de la collecte de données ne sont pas les données en soi, mais bien l'utilisation qu'on en fera. Pour cela l'individu doit avoir connaissance du contexte de l'utilisation de ses données, l'État se devant d'intervenir pour qu'il existe une réelle prestation d'informations par les organismes responsables de la collecte¹⁰⁰⁰.

imposées par une décision judiciaire. » « Article 14 [Propriété- Droit de succession- Expropriation] (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leurs contenus et limites sont définis par la loi. (2) La propriété impose. Son utilisation doit servir, en même temps, au bien commun. (3) Une expropriation n'est licite que quand elle est réalisée pour le bien commun. Elle peut être réalisée uniquement par la loi ou en vertu de la loi qui établit le mode et le montant de l'indemnisation. L'indemnisation doit être fixée prenant en juste compte les intérêts de la communauté et des personnes affectées. Quant au montant de l'indemnisation, en cas de litige, on admet un recours judiciaire devant les tribunaux ordinaires. » « Article 10 (Secret de la correspondance, de la communication postale et de la télécommunication (1) Le secret de la correspondance, comme aussi des communications postales et de la télécommunication est inviolable. (2) Des limitations ne peuvent être ordonnées qu'en vertu de la loi. Si la finalité de la limitation est de protéger l'ordre fondamental libre et démocratique ou l'existence et la sécurité de la Fédération et d'un État fédéré, la loi peut déterminer que la limitation ne soit pas portée à la connaissance de l'individu atteint et que, au lieu de suivre la voie judiciaire, que le contrôle soit effectué par des organismes principaux et auxiliaires, nommés par les représentants du peuple. »

⁹⁹⁹ Au sujet de la classification des droits fondamentaux sur le critère fonctionnel dans des systèmes juridiques ouverts, voir le chapitre 2, Section II, § 2°, A de la première partie.

¹⁰⁰⁰ « L'individu n'est pas détenteur d'un droit dans le sens d'un domaine absolu, illimité sur « ses » données ; il est foncièrement une personnalité en développement, qui dépend de la communication à l'intérieur de la communauté sociale. L'information, aussi quand elle est relative à la personne, représente une découpe de la réalité sociale qui ne peut être associée uniquement à l'individu atteint [à cause de la demande d'informations de l'État et de tiers]. La Grundgesetz, comme il a été de nombreuses fois relevé dans la jurisprudence du TCF, a décidé le conflit individu/ communauté, orienté par le lien à la collectivité de la personne et par sa participation interdépendante dans la [même] collectivité. Pour cela, en principe, l'individu doit accepter les limitations de son droit à l'autodétermination informative en faveur de l'intérêt général prédominant. » BVerGE 65,1.

Dans ce contexte, le droit à la vie privée, dans sa dimension subjective ne pourrait plus être analysé sous un caractère négatif, exerçant seulement une fonction de droit de défense. Il a considéré que la réalisation du droit à la vie privée ne demande pas seulement une abstention de l'État, mais aussi une attitude du pouvoir public qui puisse garantir la non-intromission de tiers dans l'intimité et dans la vie privée des autres, ou soit, on exige un engagement positif de l'État, l'expression des droits aux prestations.

Comme conséquence de la sous-classification droit à la protection, le droit à l'autodétermination informationnelle génère une obligation pour l'État de créer une réglementation au sujet des limites en rapport à la collecte et au stockage de données personnelles¹⁰⁰¹.

En outre, dès lors qu'une grave menace pour la vie privée des citoyens est identifiée, qu'elle soit pour cause d'actes de l'initiative privée, ou venant d'autres États, il doit y avoir intervention d'État. En dehors de ces mesures, il revient encore à l'État d'agir de forme préventive au moyen de l'exécution de mesures administratives qui œuvrent pour le développement de la vie privée des citoyens.

Comme conséquence de la sous-classification « droit à l'organisation et au traitement », il est aussi du devoir de l'État de créer une garantie institutionnelle (*Einrichtungsgarantien*), au moyen d'organismes indépendants pour fiscaliser cette activité, considérant le manque de transparence pour le citoyen dans le stockage et l'utilisation de données¹⁰⁰².

Dans ce contexte, le tribunal a décidé que l'État ne devrait pas être considéré comme une institution unique pour obtenir et pour manipuler des données personnelles. Cela nous mène à la conclusion que l'État comme un tout ne peut pas être considéré comme un traiteur de données. Au lieu de cela, il est impératif que l'on ait une séparation de pouvoirs informationnels, ce qui signifie d'être un État composé de divers organismes considérés traiteurs de données individuellement. Tout transfert de données d'un organisme d'État vers un autre devient, en conséquence, un acte de traitement de données qui doit être fondé sur une disposition légale qui réponde aux standards élevés de clarté et de certitude. Ainsi, le processus de traitement de données personnelles doit être soumis dans chacune de ses phases à « une autorité qui puisse être qualifiée d'indépendante¹⁰⁰³ ».

¹⁰⁰¹ Leonardo Martins, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, (Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005), 237-240.

¹⁰⁰² BVerGE 65,1.

¹⁰⁰³ BVerGE 65,1.

Le législateur, alors, doit établir un système de protection préalable qui tienne en compte cette autorité, car « à cause du manque de transparence pour le citoyen du stockage et dans l'utilisation de ses données dans les processus de traitement automatique, et de la nécessité de mesures de protection juridique à caractère préventif, on considère que la création d'une autorité indépendante chargée de la protection des données est déterminante pour assurer une protection efficace du droit à l'autodétermination informationnelle¹⁰⁰⁴ ».

On ajoute encore qu'à la vue des « dangers du traitement automatique de données, une conséquence indispensable en est une protection [publique institutionnalisée] contre toute utilisation différente de celle pour laquelle les données ont été recueillies, en échange d'interdictions de cessions ou d'utilisation¹⁰⁰⁵ » et il en dérive certaines facultés indispensables au titulaire des données personnelles, en signalant que « sont également essentielles comme mesures de garantie du type juridico-procédurier les obligations d'information et d'annulation¹⁰⁰⁶ ».

Cette décision du TCA démontre l'amplitude du droit à l'autodétermination informationnelle, face à sa configuration, aussi bien comme « droit de défense », de « caractère négatif », en conférant à l'individu la garantie de nier des informations de caractère personnel ; qu'un droit à la prestation, de « caractère positif », en exigeant de l'État la mise en œuvre des procédés administratifs nécessaires à l'efficacité du précepte fondamental. Il s'agit d'une typique garantie institutionnelle, dans la mesure où elle dépend de l'attitude de l'État pour sa concrétisation¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ BVerGE 65,1.

¹⁰⁰⁵ BVerGE 65,1.

¹⁰⁰⁶ BVerGE 65,1.

¹⁰⁰⁷ Pour ce qui est de la dimension positive du droit à l'autodétermination informative, Catarina Sarmiento nous enseigne: « Dans sa dimension subjective, elle s'assume comme un droit garantissant au titulaire respectif des positions juridiques devant l'État dans la défense d'abus relatifs à l'utilisation de son information personnelle, soit par la négative- comme "Abwehrrecht", l'obligeant à s'abstenir de traiter ses données-, soit par la positive- comme "schutzrecht" lui imposant l'adoption de mesures de protection. Dans sa dimension objective, communautaire, externe ou horizontale, elle impose à l'État l'adoption de mesures de défense face à des agressions de tiers. Le Recht auf informationelle Selbstbestimmung rendu autonome par la jurisprudence constitutionnelle allemande, en 1983, se réfère à cela-même : au pouvoir reconnu à l'individu, comme résultat de la notion d'autodétermination, de décider, par lui-même, de l'utilisation pouvant être faite de ses informations personnelles, devant déterminer lui-même quand, et dans quelle mesure, il les révélera. » Catarina Sarmiento Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais* (Coimbra : Almedina, 2005), 28.

C. Les restrictions au droit fondamental à la vie privée doivent prendre en compte les principes de la protection des données personnelles

En tant que droit fondamental, le droit à l'autodétermination informationnelle obéit aux règles des restrictions et des limites aux droits fondamentaux. Pour qu'il y ait des limites au droit à l'autodétermination informationnelle il est nécessaire, dans ce cas, que celles-ci soient réalisées à travers la loi, autrement dit, les limitations « ont besoin d'un fondement légal (en accord avec la GG), duquel se déduisent, avec une suffisante clarté et de mode intelligible pour le citoyen, les cas supposés et le champ des limitations et qu'il réponde, d'autre part, à l'impératif de la certitude inhérente à l'État de droit¹⁰⁰⁸ ». À cette interprétation répond l'élaboration des lois de protection des Données personnelles du *Bund* (fédération) et les *lander* correspondants, approuvés avec la finalité de garantir la protection du droit à l'autodétermination informationnelle des titulaires des données personnelles, établissant ainsi les règles générales qui doivent respecter tout traitement de données qui se réalise.

Comme il s'agit d'un droit fondamental de caractère objectif, issu des valeurs constitutionnelles qui se propagent dans toutes les normes juridiques, pour qu'il y ait des restrictions envers elles, en dehors du fait de respecter la condition formelle, il est impératif que celles-ci se fassent dans le but de promouvoir un intérêt juridique général (*Rechtsgut*) de statut constitutionnel. Dans ce sens, elle a montré que l'on devait garantir que le titulaire des données soit le seul compétent pour décider sur l'exercice et l'utilisation des mêmes, toujours et quand il n'existerait pas d'*intérêts généraux* qui puissent justifier autre chose. En outre, par rapport à la justification des ingérences dans le droit général de la personnalité, dont fait partie ce droit, le TCA a exigé en de nombreuses occasions un strict respect du principe de proportionnalité¹⁰⁰⁹.

Sur les justifications des ingérences, le TCA a signalé que « le législateur doit tenir compte du principe fondamental de la proportionnalité¹⁰¹⁰ » et que les droits fondamentaux « ne peuvent être restreints par le pouvoir public que dans la mesure où ils seront indispensables pour la sauvegarde de l'intérêt général¹⁰¹¹ ». Il a encore ajouté que

¹⁰⁰⁸ BVerGE 65,1.

¹⁰⁰⁹ Voir, par exemple, BVerfGE 32, 373-379.

¹⁰¹⁰ BVerGE 65,1.

¹⁰¹¹ BVerGE 65,1.

« l'individu doit, dans ce cas, accepter à priori des limitations déterminées de son droit à l'autodétermination informationnelle dans des domaines d'intérêt prépondérant de la collectivité¹⁰¹² ».

En cas de collision entre le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle et d'autres droits fondamentaux, considérant les paramètres d'application de la proportionnalité, sous peine d'annulemment du droit à la vie privée, l'applicateur doit prendre en compte une série de principes. Dans la décision du recensement, le Tribunal en a présenté trois : celui de la finalité des données (1) ; celui de la nécessité (2) ; et celui de la transparence des données (3).

1) Principe de la finalité des données

La Cour a compris que, face aux avancées technologiques, il n'existe pas de données qui ne soient importantes¹⁰¹³. À cause de la finalité pour laquelle elles ont été recueillies, et des possibilités de connexion entre elles que la technologie permet, une donnée qui, de prime abord, peut paraître sans importance, peut, pourtant, le devenir.

À travers le traitement automatique de données sans importance on peut arriver à configurer le profil du sujet, ce qui représente un danger. On a affirmé « qu'une donnée en elle-même sans beaucoup d'intérêt peut exiger une nouvelle valeur, et comme cette mesure n'existe pas, dans les conditions de traitement automatique de données, aucune donnée n'est sans intérêt. Que les données soient plus ou moins importantes, cela ne dépend déjà plus du fait qu'elles se réfèrent à des aspects de l'intimité¹⁰¹⁴ ».

Pour analyser la transcendance d'une donnée du point de vue du libre développement de la personnalité, « il faut connaître l'utilisation qu'on en fera¹⁰¹⁵ » ou soit, « cette donnée peut (spécialement dans les systèmes intégrés d'information) être connectée avec d'autres et ébaucher le profil de la personnalité plus ou moins définie, sans que l'intéressé puisse contrôler suffisamment son exactitude ou son utilisation¹⁰¹⁶ ». En ce sens, selon le tribunal, même que la cession de données soit possible, en aucun cas

¹⁰¹² BVerGE 65,1.

¹⁰¹³ Sur la possibilité de croisement de données et d'éventuels risques pour l'autodétermination informative dans la jurisprudence du TCA, voir les commentaires de Mario Panebianco "Bundesverfassungsgerecht, dignità umana e diritti fondamentali", *Diritto e Società*, 2 (2000) : 187.

¹⁰¹⁴ BVerGE 65, 1.

¹⁰¹⁵ BVerGE 65, 1.

¹⁰¹⁶ BVerGE 65, 1.

elles ne peuvent permettre que les données soient utilisées pour une autre finalité que celle pour laquelle elles ont été rassemblées. Ainsi, on considère que les pouvoirs publics ne peuvent agir comme des unités d'information en échangeant librement les données qu'elles possèdent. Pour éviter que cela se produise, le législateur devra réglementer la possibilité d'échange de données, pour seulement les autoriser dans les hypothèses où ce sera nécessaire et quand ne seront pas incompatibles les finalités pour lesquelles les données ont été recueillies¹⁰¹⁷.

Le TCA a observé que, au cas où les données recueillies seraient en même temps utilisées à des fins administratives et statistiques (comme dans le cas de la possibilité de rectification du registre civil à partir des données du recensement), la diversité de finalités serait caractérisée, ce qui impliquerait que le citoyen ait besoin de connaître préalablement l'utilisation effective qui serait faite de ses informations¹⁰¹⁸.

Il a conclu, donc, qu'il serait recommandable que l'on suive un strict *principe de finalité*, selon lequel les données peuvent seulement être utilisées à la fin pour laquelle elles auront été rassemblées, car, plus les données recueillies auront de possibilités d'utilisation, plus ambigu et dangereux deviendra le processus de traitement des mêmes¹⁰¹⁹.

2) *Principe de la Nécessité*

Dérivant du principe de la finalité de la collecte de données, le tribunal, a-t-il ajouté, a déduit un principe de la nécessité, suivant lequel le donnée doit être nécessaire à la finalité pour laquelle elle se destine. Il a exposé « qu'on ne peut considérer la seule nature de l'information ; sa nécessité et son utilisation, toutefois, sont déterminantes. Celles-ci dépendent en partie de la finalité pour laquelle la collecte de données est destinée, et d'autre part, de la possibilité d'élaboration et de connexion propres à la

¹⁰¹⁷ Mario Panebianco "Bundesverfassungsgerecht, dignità umana e diritti fondamentali", 190.

¹⁰¹⁸ BVerfGE 65, 1.

¹⁰¹⁹ Sur la violation du *Nachteilsverbot*, autrement dit, sur la prohibition d'utiliser des données de forme différente de celle déclarée au moment de sa collecte selon la jurisprudence du TCA, voir Vittorio Frosini. *Contributi ad un diritto dell'informazione*, 130. Dans d'autres cas, également, le TCA s'est prononcé sur la finalité des données dans les cas relatifs à l'utilisation de données personnelles extraits d'un acte de divorce (dans l'affaire *Ehescheidungsakten* BVerfGE 27, 344) et dans le cas de l'utilisation de données extraites d'une déclaration de violation de confidentialité. (Pour le cas *Geneinschuldnerdeschluss* BVerfGE 56, 37.).

technologie de l'information¹⁰²⁰ ».

3) Principe de la transparence de la collecte des données

Si l'on considère nécessaires des interventions dans leurs droits, les citoyens devront être mis dans une position d'où ils pourront évaluer la possible existence de risques pour leur personnalité et qu'ils soient en rapport à un traitement de leurs données personnelles. Ainsi, la profondeur, l'intensité et les effets de traitement de données doivent être transparents.

En conséquence, la Cour a considéré que les interventions secrètes génèrent un impact encore plus important sur l'autodétermination informationnelle. À partir du moment où personne ne peut absolument exclure la possibilité d'être la cible d'un acte secret en vue de l'obtention de données. L'effet intimidateur de telles mesures est très supérieur, ce qui, à son tour, conduit à un puissant effet négatif dans l'ordre de la communication démocratique dans son ensemble ; en conséquence, les conditions constitutionnelles pour des interventions secrètes sont beaucoup plus rigoureuses¹³¹. Ces principes ont influencé les débats sur la protection des données personnelles en Europe. À partir de ceux-ci s'est développée une législation qui systématise d'autres principes, formant un système de protection de données personnelles considéré aujourd'hui comme l'un des plus avancés.

Section II : La protection des données personnelles en niveau international

Les documents de protection des données personnelles produites au sein du droit international sont le résultat d'amples débats pionniers et elles représentent l'état de perception des problèmes et l'évaluation des risques et des actions pertinentes afin de discipliner des situations à l'époque à laquelle elles ont été proposées. Ils indiquent la cristallisation d'importantes expériences accumulées, se trouvant actuellement là où les

¹⁰²⁰ BVerGE 65, 1.

réflexions juridiques sur le thème possèdent de plus grand développement normatif, jurisprudentiels et bibliographiques.

En plus, la protection conférée par le droit international à l'autodétermination informationnelle a l'avantage d'être libre des singularités dans le contexte des droit nationaux, en échappant aux inconvenances générées par les différences émanant des développements historiques spécifiques de chaque pays, qui pourraient présenter des difficultés dans l'appréhension et le discernement des questions centrales et des raisons fondamentales.

Pour ces raisons il est important de connaître comment le droit à l'autodétermination informationnelle est réglé au niveau international (§ 1^o : *La construction du droit à l'autodétermination informationnelle en droit international*) dans quelle mesure les documents internationaux protègent les données personnelles dans les rapports de travail subordonné (§ 2^o : *La protection accordé aux données personnelles des salariés dans les normes internationales*).

§ 1^o La construction du droit à l'autodétermination informationnelle en droit international

Pendant l'année de 1967 a été constitué, dans le cadre du *Conseil de l'Europe*,¹⁰²¹ une *Commission Consultative* pour étudier les impacts de la technologie de l'information sur le droit à la vie privée. Quelques années plus tard, en 1974, le *Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* édita une résolution recommandant à tous les pays européens l'adoption de précautions contre l'abus et le mauvais usage de l'informatique face à la prolifération de banques de données, dans le secteur public comme dans le secteur privé. En 1976, le *Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* édita une nouvelle résolution basée sur les flux internationaux de données personnelles et sur la protection

¹⁰²¹ Le Conseil de l'Europe (organisation internationale basée à Strasbourg) n'est pas confondu avec le Conseil européen (un organe de l'UE composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres). Les objectifs du Conseil de l'Europe sont les suivants : protéger les droits de l'homme, le pluralisme démocratique et le respect de l'état de droit ; promouvoir la sensibilisation et encourager le développement de l'identité et de la diversité culturelle de l'Europe ; trouver des solutions communes impliquant les défis de la société européenne ; consolider la stabilité démocratique en Europe en construisant des réformes politiques et législatives. Voir, dans ce sens : Yannick Lécuyer, *Convention et cour européennes des droits de l'homme*, (Paris, Gualino, 2015-2016).

des libertés individuelles¹⁰²². En raison du progrès technique, ils ont perçu l'existence d'un conflit entre la liberté d'information et le droit à la vie privée, deux parmi les droits protégés par la Convention européenne de droits de l'homme.

Les documents normatifs internationaux sur les droits de l'homme existants jusqu'à présent, comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) ; la *Convention européenne des droits de l'homme* (1950) et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966) reconnaissent le droit de l'individu à la protection de la vie privée et familiale. En dépit de la reconnaissance de ces droits, des doutes subsistaient sur la suffisance de la protection face au traitement informatique, c'est à dire, automatique, de données personnelles, principalement dans le secteur privé.

La diction des textes normatifs existants semblait être inapte à bien décrire le problème, indiquer les mesures régulatrices pour les pays signataires et résoudre le paradoxe entre eux, d'un côté, la nécessité d'intensifier la protection des données et, en conséquence, le respect à la vie privée et à la personne et, de l'autre côté, la garantie de la libre circulation de données à travers les frontières nationales et la sauvegarde du droit à la liberté d'expression, droits également prévus.

À la fin des années 1970, dans le cadre de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique- OCDE- le thème vie privée informationnelle est en discussion depuis 1977, quand on a créé un groupe ad hoc d'experts chargés d'élaborer les directives relatives aux règles fondamentales concernant les flux internationaux de données personnelles et la protection des libertés individuelles. Le 23 septembre 1980, le Conseil des Ministres de l'OCDE a approuvé le travail du groupe consolidé dans la *Recommandation des Lignes Directrices Réglementatrices de la Protection de la Vie Privée et des Flux de Données Personnelle*. Cette recommandation, bien qu'elle ne présente pas de caractère associatif, apportait huit principaux éléments de base qui devraient orienter l'activité du traitement de données personnelles, à savoir : le principe de limitation en matière de collecte ; le principe de la qualité des données ; le principe de la spécification des finalités ; le principe de la limitation de l'utilisation ; le principe des garanties de sécurité ; le principe de la transparence ; le principe de la participation individuelle ; enfin le principe de la responsabilité¹⁰²³.

¹⁰²² Monica A. Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, (Valencia: Tirant, 2006), 8.

¹⁰²³ Le principal motif qui a conduit l'OCDE à élaborer ces principes d'orientation sur le traitement de données personnelles est lié à la préoccupation, qui elle aussi est apparue au sein du Conseil de l'Europe, que certains pays, surtout les USA, montraient face aux initiatives nationales qui surgissaient sur la

En dépit du fait que l'adhésion aux principes de la recommandation soit volontaire, beaucoup de pays se sont désormais inspirés en elle d'une certaine manière. Au niveau interne de chaque pays, on peut citer deux lois : la *Loi de l'État allemand de Hesse de 1970*, qui réglementait les banques de données gouvernementales et instituait la figure du commissaire¹⁰²⁴ ; et la loi suédoise de 1973, connue comme *Datalegen*¹⁰²⁵. On relève également la loi Française n° 78-17, de 1978¹⁰²⁶, qui a créé la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), et, comme elle était bien détaillée, a fini par servir de source d'inspiration pour d'autres pays, spécialement en ce qui concerne les principes suivants : (a) le devoir de loyauté dans la collecte de données, en sanctionnant la collecte de données personnelles faite de manière frauduleuse et illicite ; (b) respect pour la finalité déclarée, établissant que les données pourraient seulement être utilisées en vue de ces finalités pour lesquelles elles ont été recueillies, en sanctionnant l'utilisation de données personnelles à des fins diverses ; (c) le devoir d'information aux personnes, rendant obligatoire la prestation d'informations aux titulaires des données collectées pour en permettre une rectification ; et (d) un devoir de protection de données sensibles, lequel protège les données se référant à l'origine raciale, aux opinions politiques, philosophiques ou religieuses, aux préférences sexuelles et à d'autres étant liées à l'intimité des personnes¹⁰²⁷.

Pratiquement à la même époque, quoique dans un autre forum, a eu lieu, au Conseil de l'Europe une autre importante initiative de réglementation qui a débouché sur le premier traité international traitant de la protection de données personnelles *Convention pour la Protection des Personnes par rapport au Traitement Automatique de Données à Caractère Personnel* (Convention 108). L'objectif était de garantir à toute personne, de

protection des données personnelles et la crainte que la régulation sur cette matière ne crée des barrières protectionnistes au commerce international. Dans ce sens, Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, 159, James Michael, *Privacy and Human Rights*, 32, Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité", 422 et suiv.

¹⁰²⁴ Commissaire de données personnelles, selon la loi, est la personne responsable de la garantie de la sécurité des archives des États, également de l'assistance préventive relative à l'impact de la technologie concernant les droits fondamentaux.

¹⁰²⁵ José Adércio Sampaio, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, (Belo Horizonte: Del Rey, 1998), 480-481.

¹⁰²⁶ Cette loi a été modifiée par la Loi n° 2004-801, du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques quant au traitement des données personnelles. La nouvelle loi a été éditée en raison d'une nécessité de transposition, pour le droit interne français, de dispositions de la Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes singulières concernant le traitement des données personnelles.

¹⁰²⁷ Dans ce sens, Cynthia Chassigneux, *Vie privée et commerce électronique*, 110-111 ; Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité", 422 et suiv. ; Martins ; Marques et Dias, *Cyberlaw em Portugal*, 145-146 ; Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, 159 ; James Michael, *Privacy and Human Rights*, 32

n'importe quelle nationalité ou résidence, le respect des droits et des libertés fondamentales, en particulier du droit à la vie privée confronté au traitement automatique des données de caractère personnel. Pour cela, il garantissait un niveau minimal de protection aux données personnelles automatiques ; cela n'empêchant pas, cependant, aux États signataires, d'élever une telle protection à des niveaux plus élevés. La Recommandation de l'OCDE de 1980 prévoyait aussi des principes de base pour le traitement des données personnelles¹⁰²⁸.

Autant la Convention 108 du Conseil de l'Europe que les Recommandations des Lignes Directrices Réglementatrices de la Protection de la Vie Privée et des Flux de Données Personnelles de l'OCDE représentent des marqueurs fondamentaux pour la protection des données personnelles, constituant le berceau d'une grande partie des principes et des normes considérées valables encore aujourd'hui. La protection des données personnelles structurée dans ces documents est basée sur l'idée de minimiser les risques du traitement automatique, ce qui implique généralement une inversion dans la manière de traiter l'information collectée, interdisant toute collecte qui n'aurait pas de justificatif.

Les termes « *privacy* » et « protection des données personnelles » sont désormais référencés dans plusieurs documents internationaux importants. D'une manière générale, l'approche européenne a tendance à voir dans la « protection des données personnelles » une question relative à la protection de la dignité de la personne, une valeur qui n'est pas seulement individuelle, mais aussi sociale, du fait d'être principalement une hypothèse de la civilité, du pluralisme et de la démocratie. Quant à elle la tradition nord-américaine tend à considérer, en premier lieu, la nécessité d'assurer la liberté de la personne en tension avec les nécessités plus amples de la société, surtout face à l'intrusion de l'État¹⁰²⁹.

Malgré l'importante avancée permise par la Convention 108, jusqu'au début des années 1990 on constatait une ratification à peine par quelques États-membres de l'UE, ce qui difficultait l'harmonisation législative nécessaire à la libre circulation des

¹⁰²⁸ Garcia Marques; Lourenço Martins, *Direito da informática*, (Coimbra: Almedina, 2000), 151-154.

¹⁰²⁹ Le sens principal de la protection est également différent dans chacune des traditions : en Europe, la restriction sur les activités de surveillance des organisations privées ou de l'État lui-même est soulignée ; aux États-Unis, la préoccupation porte sur les effets de la surveillance sur la vie privée des individus et non sur la société dans son ensemble. Au niveau international, le protocole « Safe Harbor » est l'exemple le plus remarquable de la réconciliation des conceptions européennes et américaines sur les questions de flux de données personnelles. Dans ce sens, conférer : W. Gregory Voss, "Le concept de données à caractère personnel : divergences transatlantiques", *Dalloz IP/TI*, 3 (2016) : 119-122.

données dans le marché interne européen. En plus, du fait du caractère non *self-executing* dont elle se parait, elle dépendait de fréquentes rémissions aux droits nationaux, ce qui aussi en faisait un obstacle pour une telle application, si on considère que tous ces pays signataires ne disposaient pas d'une législation spécifique sur la matière¹⁰³⁰.

Au niveau du droit de l'Union Européenne, il a été approuvé, le 24 octobre 1995, la *Directive 95/46/CE*, inspirée dans le texte de la *Recommandation* de l'OCDE de 1980 et de la *Convention 108* du Conseil de l'Europe. Pourtant, les objectifs principaux de l'édition de la *Directive 95/46/CE*, en dehors de l'actualisation technologique, se concentraient sur l'harmonisation de toute la législation en vigueur en Europe sur la protection des données personnelles, dans le but de faciliter le flux international de ces informations dans le marché interne, et de renforcer les mesures et les opérations de sécurité durant le traitement des données personnelles, spécialement en ce qui concerne les services de télécommunications et de courrier électronique. Le manque d'homogénéité de la législation européenne sur la protection des données personnelles a causé des dommages, en particulier au commerce électronique et aux institutions financières, de par la diversité des réglementations sur les opérations de traitement et sur la transmission de ces informations, ce qu'on a voulu résoudre avec la publication de la *Directive 95/46/CE*¹⁰³¹.

Cependant, contrairement à la *Convention 108*, qui permettait l'adhésion de pays d'outre-frontière de l'Europe, la *Directive 95/46/CE* limita ses effets en les circonscrivant seulement dans le territoire de référence. Dans le but d'une plus grande efficacité, les États-membres de l'UE se sont obligés à promouvoir sa transposition vers les droits internes, respectant un délai maximum de trois ans, conformément à la décision dans le paragraphe 1 de l'article 32¹⁰³². En exécution de la décision dans la *Directive*

¹⁰³⁰ Marques et Martins, *Direito da informática*, 262.

¹⁰³¹ Comme le dit Stephen A. Oxaman : « lorsque la Directive fut éditée, certains pays européens, comme l'Allemagne, avaient déjà réglementé le traitement des données personnelles. La divergence entre les diverses réglementations, cependant, a créé des obstacles potentiels pour le transfert de données personnelles entre les pays membres. L'objectif de la Directive, ainsi, a été de créer une catégorie communautaire de droits liés à la vie privée pour retirer de tels obstacles et harmoniser le transfert de données entre les pays de la Communauté Européenne. » Stephen A. Oxaman, "Exemptions to the Europea Union Personal Data Privacy Directive: will they swallow the directive?" *Boston College International & Comparative Law Review* 24 (2000) :191-203.

¹⁰³² « Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres. 2. Les États membres veillent à ce que les traitements dont la mise en oeuvre est antérieure à la date d'entrée en vigueur des dispositions nationales prises en application de la présente directive soient rendus conformes à ces dispositions au plus tard trois ans après cette date. Par dérogation à l'alinéa précédent, les États membres peuvent prévoir que les traitements de données déjà contenues dans des fichiers manuels à la date d'entrée en vigueur des dispositions nationales prises en application de la présente directive seront rendus conformes aux articles 6, 7 et 8 de la présente directive dans

95/46/CE, les lois nationales des pays d'Europe présentent des dispositifs communs sur ce qui se réfère aux principes liés à la protection des données personnelles, qui sont les mêmes que ceux qui avaient été énumérés dans la *Recommandation de l'OCDE* de 1980 et dans la *Convention 180 du Conseil de l'Europe*¹⁰³³.

Finalement, au niveau du droit de l'Union Européenne, il faut ajouter qu'après quatre années de négociations législatives, le nouveau *Règlement n° 2016/679*, dit *règlement général sur la protection des données* (RGPD), a été définitivement adopté par le Parlement européen le 14 avril 2016. Ses dispositions sont directement applicables dans l'ensemble des 28 États membres de l'Union européenne à compter du 25 mai 2018.

Ainsi, on peut affirmer que quelques instances internationales ont élaboré des normes sectorielles spécifiques de protection aux données personnelles dans le contexte de la relation de travail subordonné, comme le *Conseil de l'Europe* (A) ; l'*Union Européenne*, spécialement dans les nouvelles dispositions du *Règlement n° 2016/679* (B) ; et l'*Organisation des Nations Unies* et l'*Organisation Internationale du Travail* (C). L'*Organisation des États Américains*, cependant, n'a pas encore une systématisation de la protection des données personnelles (D).

A. La protection de l'autodétermination informationnelle dans le Conseil de l'Europe

un délai de douze ans à compter de la date d'adoption de celle-ci. Les États membres permettent toutefois à la personne concernée d'obtenir, à sa demande et notamment lors de l'exercice du droit d'accès, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données incomplètes, inexactes ou conservées d'une manière qui est incompatible avec les fins légitimes poursuivies par le responsable du traitement. 3. Par dérogation au paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir, sous réserve des garanties appropriées, que les données conservées dans le seul but de la recherche historique ne soient pas rendues conformes aux articles 6, 7 et 8 de la présente directive. 4. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. »

¹⁰³³ Il est utile de mentionner que, en dehors de la Directive 95/46/CE, deux autres réglementations concernent la matière de la protection des données personnelles, l'ensemble étant familièrement connu comme Privacy Directives : la Directive 97/66/CE, du 15 décembre 1997, qui a comme objet la réglementation de la protection de l'intimité dans le secteur des télécommunications, incluant la protection du contenu des communications, des enregistrements cadastraux fournis lors du service contractuel et en plus la facture générée à partir des communications établies; et la Directive 2002/53/CE, du 12 juillet 2002, qui établit le traitement des données personnelles dans le secteur des communications électroniques, ayant pour finalité de garantir, dans les différents États-membres, un niveau identique de préservation de la sécurité et de la confidentialité dans les communications, se limitant à l'identification des appels, des listes d'abonnés et des communications non sollicitées appelées SPAM.

Au Conseil de l'Europe, la protection des données personnelles est traitée dans trois champs d'application différents. Elle est présente dans les conventions, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans les recommandations et résolutions. Il convient de noter que la protection des données à caractère personnel dans les relations de travail fait l'objet d'une recommandation spécifique, *Recommandation n° R (89)2 du Comité des Ministres aux États Membres sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi* (1989).

Dans le contexte des conventions, c'était par la convention no. 108 que cette organisation internationale a expressément reconnu le droit autonome de protéger les données personnelles. Elle a été ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne et est applicable dans les secteurs public et privé en ce qui concerne le traitement des fichiers de données personnelles automatisés ou le traitement automatique des données¹⁰³⁴.

Les principes qui y sont formulés seront encore adoptés et perfectionnés par d'autres documents normatifs. Elle n'est pas directement applicable, car elle est soutenue par des formulations très génériques, ce qui nécessite que les États membres adoptent des mesures pour sa mise en œuvre. En outre, la convention no. 108 contient un large éventail d'exceptions, y compris la possibilité d'une dérogation à la protection prévue par la législation nationale et qui est une mesure nécessaire dans une société démocratique¹⁰³⁵. Ces caractéristiques entravent l'innovation directe des individus face aux coupures.

Le deuxième domaine de protection, à savoir le domaine jurisprudentiel, est d'une grande importance, car il y a plusieurs affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme, dans lesquelles il est entendu, bien que non expressément mentionné, le droit à la protection des données personnelles contenu dans l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950¹⁰³⁶. La Cour a compris que l'art. 8 de la

¹⁰³⁴ « Article 3.1 : Les Parties s'engagent à appliquer la présente Convention aux fichiers et aux traitements automatisés de données à caractère personnel dans les secteurs public et privé. »

¹⁰³⁵ « Article 9 : Exceptions et restrictions 1 Aucune exception aux dispositions des articles 5, 6 et 8 de la présente Convention n'est admise, sauf dans les limites définies au présent article. 2 Il est possible de déroger aux dispositions des articles 5, 6 et 8 de la présente Convention lorsqu'une telle dérogation, prévue par la loi de la Partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique : a à la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales ; b à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui. 3 Des restrictions à l'exercice des droits visés aux paragraphes b, c et d de l'article 8 peuvent être prévues par la loi pour les fichiers automatisés de données à caractère personnel utilisés à des fins de statistiques ou de recherches scientifiques, lorsqu'il n'existe manifestement pas de risques d'atteinte à la vie privée des personnes concernées. »

¹⁰³⁶ L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir

Convention européenne des droits de l'homme contient non seulement des obligations négatives pour les droits appropriés : les États membres doivent non seulement interférer avec le droit à la vie privée mais également prendre des mesures pour assurer le respect de la vie privée, en référant que « La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article [...]. La nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières. Le droit interne doit notamment assurer que ces données soient pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles soient conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées [...]. [Il] doit aussi contenir des garanties de nature à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs¹⁰³⁷ ».

En fait, la CEDH a eu l'occasion de commenter la protection de la vie privée et de la vie privée impliquant la protection des données à plusieurs reprises, parmi lesquelles la collecte de données personnelles¹⁰³⁸, l'utilisation d'échantillons vocaux¹⁰³⁹ ; l'interception de communications, écoutes téléphoniques et opérations secrètes de surveillance¹⁰⁴⁰ ; la surveillance vidéo¹⁰⁴¹ ; la conservation, divulgation¹⁰⁴² l'effacement ou destruction de données personnelles¹⁰⁴³. En plus, il y a des décisions en matière de protection de données dans les relations de travail subordonnées, notamment à propos du thème de la surveillance de l'utilisation des ordinateurs par des employés¹⁰⁴⁴.

ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁰³⁷ CEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, arrêt (Grande Chambre), 4/12/2018, § 103.

¹⁰³⁸ CEDH, *Uzun c. Allemagne* (requête no 35623/05) 2 septembre 2010.

¹⁰³⁹ CEDH, *P.G et J.H. c. Royaume-Uni* (n° 44787/98) 25 septembre 2001 *Vetter c. France* 31 mai 2005.

¹⁰⁴⁰ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne* 6 septembre 1978 *Malone c. Royaume-Uni* 2 août 1984 *Taylor-Sabori c. Royaume-Uni* 22 octobre 2002.

¹⁰⁴¹ CEDH, *Köpke c. Allemagne* 5 octobre 2010.

¹⁰⁴² CEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni* 4 décembre 2008.

¹⁰⁴³ CEDH, *Rotaru c. Roumanie* 4 mai 2000.

¹⁰⁴⁴ Citons, par exemple, l'arrêt *Bărbulescu c. Roumanie*. Cette affaire avait pour objet la décision d'une

En ce qui concerne la portée des recommandations et résolutions, dans les années 1970 et presque simultanément avec les premières normes internationales à portée multiple, des discussions ont débuté au Conseil de l'Europe sur les problèmes rencontrés dans l'utilisation sectorielle des données personnelles. Un certain nombre de résolutions a été adopté au cours de la même décennie, et dans la suivante, après la convention no. 108, un certain nombre de recommandations portant sur des problèmes sectoriels spécifiques en matière de protection des données à caractère personnel.

L'expression de cette vue est la Recommandation no. R (89) 2, qui traite correctement de la protection des données personnelles à des fins d'emploi. Comme l'indique son exposé des motifs, il est largement admis qu'il est nécessaire de respecter les principes généraux énoncés par la Convention no. 108 pour les besoins particuliers de secteurs particuliers. Fidèle à cette interprétation, le Comité des Ministres a déjà adopté cinq autres recommandations traitant chacune de différents aspects sectoriels.

B. La Protection des données personnelles dans le droit de l'Union Européenne

Au sein de l'Union européenne, la *Directive 95/46/CE* ne contenait pas de règle spécifique pour la protection des données personnelles des employés et les directives traitant de la protection des données des personnes sont pleinement applicables. Le sujet est toutefois étudié par le *Groupe de travail sur la protection des données*

entreprise privée de mettre fin au contrat de travail d'un employé – le requérant – après avoir surveillé ses communications électroniques et avoir eu accès à leur contenu. Le requérant alléguait que la décision de son employeur reposait sur une violation de sa vie privée et que les juridictions nationales avaient failli à leur obligation de protéger son droit au respect de la vie privée et de la correspondance. La Cour a conclu, par onze voix contre six, à la violation de l'article 8 de la Convention, jugeant que les autorités roumaines n'avaient pas correctement protégé le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance. Elles n'avaient donc pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu. En particulier, les juridictions nationales n'avaient pas, d'une part, vérifié si le requérant avait été préalablement averti par son employeur de la possibilité que ses communications soient surveillées et n'avaient pas non plus, d'autre part, tenu compte du fait qu'il n'avait été informé ni de la nature ni de l'étendue de cette surveillance, ni du degré d'intrusion dans sa vie privée et sa correspondance. De surcroît, les juridictions nationales n'avaient pas déterminé, premièrement, quelles raisons spécifiques avaient justifié la mise en place des mesures de surveillance, deuxièmement, si l'employeur avait pu faire usage de mesures moins intrusives pour la vie privée et la correspondance du requérant et, troisièmement, si l'accès au contenu des communications aurait été possible à son insu. CEDH, *Bărbulescu c. Roumanie* 5/10/ 2017.

relevant de l'article 29¹⁰⁴⁵. Parmi les plus importants figurent l'*Avis 8/2001* sur le traitement des données dans le contexte des relations de travail subordonnées (2001), la *Recommandation no. 1/2001 sur les données d'évaluation des employés* (2001) et le *Document de travail sur la surveillance des communications électroniques dans le lieu de travail* (2002). Ces documents sont destinés à contribuer à l'application uniforme de la législation nationale dans le domaine inclus.

Dans son *Avis 8/2001* sur le traitement des données personnelles dans le contexte du travail, il s'occupe du thème seulement de façon indirecte mais adopte clairement ce point de vue. Plus tard, le Groupe est revenu à approcher plus spécifiquement la question dans son *Avis 4/2004 relatif au Traitement des données personnelles au moyen de Surveillance Vidéo de 11 Février 2004 concernant le traitement des données personnelles par surveillance vidéo*, ce qui confirme que le droit à l'autodétermination informationnelle offre une base et une protection aux limites contractuelles du pouvoir de contrôle des entreprises, afin d'éviter les formes de contrôle direct de l'activité du travail, ou déraisonnables ou disproportionnées.

Le Groupe analyse le problème de la surveillance vidéo d'un point de vue général, à savoir, cela se réfère à la surveillance vidéo destinée à contrôler à distance des événements, situations et la succession des personnes dans les plus différentes situations. Cependant, il tient également compte de la dimension du travail et s'occupe d'examiner ces mêmes activités menées dans le cadre du travail, éventuellement apportant quelques principes spécifiques. La Règle rappelle, sur ses premières pages, la *Directive 95/46/CE* même, affirmant que ses principes de protection sont applicables à toute information (étant aussi composée par l'image et le son), relative à une personne identifiée ou identifiable.

¹⁰⁴⁵ « Article 29. Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. 1. Il est institué un groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ci-après dénommé « groupe ». Le groupe a un caractère consultatif et indépendant. 2. Le groupe se compose d'un représentant de l'autorité ou des autorités de contrôle désignées par chaque État membre, d'un représentant de l'autorité ou des autorités créées pour les institutions et organismes communautaires et d'un représentant de la Commission. Chaque membre du groupe est désigné par l'institution, l'autorité ou les autorités qu'il représente. Lorsqu'un État membre a désigné plusieurs autorités de contrôle, celles-ci procèdent à la nomination d'un représentant commun. Il en va de même pour les autorités créées pour les institutions et organismes communautaires. 3. Le groupe prend ses décisions à la majorité simple des représentants des autorités de contrôle. 4. Le groupe élit son président. La durée du mandat du président est de deux ans. Le mandat est renouvelable. 5. Le secrétariat du groupe est assuré par la Commission. 6. Le groupe établit son règlement intérieur. 7. Le groupe examine les questions mises à l'ordre du jour par son président, soit à l'initiative de celui-ci, soit à la demande d'un représentant des autorités de contrôle ou de la Commission. »

Le document s'occupe également d'indiquer les domaines dans lesquels on applique la Directive, en tout ou partie. Parmi les domaines, il fait une liste, outre que celle destinée à des opérations de traitement de données réalisée à des fins de contrôle des activités de travail, celle-là destinée à la sécurité publique, à la défense et à l'exercice des activités de l'État dans le cadre du droit pénal. À cet égard, le Groupe note que la caméra vidéo de surveillance détenu par réel besoin pour des raisons de sécurité publique ou à la détention, la prévention et le contrôle de la criminalité doivent être conformes aux exigences de l'article 8 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, dans les deux cas, doivent être couvertes par des dispositions spécifiques, connues par le public, et être liées à la prévention des risques spécifiques et des infractions spécifiques et proportionnées par ceux-ci.

L'applicabilité de la Directive s'étend aussi bien au traitement automatisé des données personnelles, images et sons captés par télévision en circuit fermé et d'autres systèmes de surveillance par des caméras vidéo, tels que le traitement automatique des données à caractère personnel contenues ou destinées à être incluses dans un fichier¹⁰⁴⁶.

La Règle fixe que, quels que soient les domaines d'activité, la collecte et le traitement des données personnelles doivent être conformes aux principes du principe de légalité de traitement, de spécialité, de spécification et légalité des fins, de légalité du traitement, de proportionnalité de la ressource à surveillance vidéo, de proportionnalité en matière d'activités de surveillance vidéo et de l'information aux personnes intéressées.

Enfin, le Groupe analyse dans le document le cas spécifique de la surveillance vidéo en matière d'emploi et part du principe suivant lequel les systèmes de surveillance vidéo visent directement à contrôler à distance la qualité et la quantité d'activité de travail, ce qui implique que le traitement des données, en règle générale, ne devraient pas être autorisé. Elle admet, cependant, qu'ils puissent être utilisés avec des garanties appropriées quand il s'agit de répondre aux exigences de sécurité des produits ou des personnes, bien que cela implique indirectement une surveillance à distance, ce qui indique qu'on devrait mettre en œuvre dans tous les cas les principes énoncés ci-dessus et tous les autres établis

¹⁰⁴⁶ En ce qui concerne le fait que les images et sons soient susceptibles d'être considérés comme des « données personnelles », le GTA mentionne : « a) les images sont utilisées dans le cadre d'un système de circuit fermé, même si elles ne sont pas associées à des données personnelles de la personne concernée ; b) celles qui ne se réfèrent pas aux personnes dont les visages auraient été filmés, si elles contiennent d'autres informations telles que, par exemple, les numéros d'enregistrement ou les numéros d'identification personnels (NIP) capturés au cours de la surveillance ; c) quelle que soit la méthode utilisée pour le traitement (noir et blanc ou couleur), la technique (câble ou fibre optique), le type d'équipement (fixe mobile ou portable), les caractéristiques de capture d'images (continues ou discontinues) et les outils de communication utilisés (connexion à un centre ou envoi d'images vers des terminaux distants) ».

par les normes juridiques de droit interne, y comprises celles créés par négociation collective.

La surveillance vidéo ne doit pas atteindre, selon le Groupe, les locaux réservés à l'usage privé des employés ou non destinés à exécuter les tâches liées à l'emploi (comme les services, douches, restaurants ou sites de repos). Elle estime que les images recueillies exclusivement pour protéger la propriété et/ou la direction, prévention et contrôle des infractions graves ne doivent pas être utilisées pour blâmer les travailleurs de petites infractions disciplinaires.

Elle souligne également qu'on doit faciliter l'information aux employés, y compris l'identité du responsable pour le traitement, le but de la surveillance, ainsi que d'autres informations nécessaires pour garantir un traitement équitable à l'égard de la personne concernée, par exemple, dans les cas où des enregistrements seraient examinés par la direction de l'entreprise, et la période d'enregistrement et quand celle-ci sera révélée aux autorités judiciaires.

En plus de l'uniformisation des principes de la protection des données, dans l'UE, la question se situe dans une phase si avancée que, après l'incorporation de la *Directive 95/46/CE*, dans le droit interne des divers États membres, le contrôle par voie administrative a débuté. Aujourd'hui, tous les pays d'Europe possèdent une agence, une commission, ou, pour le moins un département, dans les gouvernements respectifs, lequel est responsable de la protection des données personnelles et de la fiscalisation sur l'applicabilité de la Directive, conformément à la décision dans l'art. 28 du même acte normatif, quoique ses attributions soient variables pour chaque pays.

Nous distinguons les principales attributions de ces organismes administratifs de protection des données personnelles : (a) de contrôler et surveiller l'exécution des dispositions légales et réglementaires en matière de protection des données personnelles ; (b) d'exercer les pouvoirs d'autorité, éventuellement en ordonnant le blocage, ou l'effacement ou la destruction de données, éventuellement en interdisant temporairement ou définitivement le traitement de données personnelles ; (c) d'avertir ou censurer publiquement le responsable du traitement des données personnelles, pour la non-exécution des dispositions légales ; (d) d'intervenir dans les processus judiciaires qui opèrent sur le traitement des données personnelles ; (e) de dénoncer au Ministère Public de possibles infractions pénales dans ce domaine ; (f) de garantir les droits liés à la

protection des données personnelles¹⁰⁴⁷.

Les recommandations du Groupe ont été d'une grande importance dans la régulation de la protection des données personnelles en matière de travail et ses études ont beaucoup inspiré le nouveau *Règlemente (UE) 2016/679* du Parlement Européen et du Conseil¹⁰⁴⁸, qui a été définitivement adopté par le Parlement européen le 14 avril 2016. Le nouveau règlement contient une disposition spécifique a propos du Traitement de données dans le cadre des relations de travail¹⁰⁴⁹ et délimite aussi les données sensibles en matière de traitement de données dans les rapports de travail subordonné¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ Victor Drummond, *Internet, privacidade e dados pessoais*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003), 52.

¹⁰⁴⁸ Dans ce sens, Gheorghe-Badescu, "Le nouveau règlement général sur la protection des données," 466-477.

¹⁰⁴⁹ « Article 88 : Traitement de données dans le cadre des relations de travail 1. Les États membres peuvent prévoir, par la loi ou au moyen de conventions collectives, des règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail, aux fins, notamment, du recrutement, de l'exécution du contrat de travail, y compris le respect des obligations fixées par la loi ou par des conventions collectives, de la gestion, de la planification et de l'organisation du travail, de l'égalité et de la diversité sur le lieu de travail, de la santé et de la sécurité au travail, de la protection des biens appartenant à l'employeur ou au client, aux fins de l'exercice et de la jouissance des droits et des avantages liés à l'emploi, individuellement ou collectivement, ainsi qu'aux fins de la résiliation de la relation de travail. 2. Ces règles comprennent des mesures appropriées et spécifiques pour protéger la dignité humaine, les intérêts légitimes et les droits fondamentaux des personnes concernées, en accordant une attention particulière à la transparence du traitement, au transfert de données à caractère personnel au sein d'un groupe d'entreprises, ou d'un groupe d'entreprises engagées dans une activité économique conjointe et aux systèmes de contrôle sur le lieu de travail. 3. Chaque État membre notifie à la Commission les dispositions légales qu'il adopte en vertu du paragraphe 1 au plus tard le 25 mai 2018 et, sans tarder, toute modification ultérieure les concernant. »

¹⁰⁵⁰ « Article 9 : Traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel 1. Le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie: a) la personne concernée a donné son consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques, sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée; b) le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre ou par une convention collective conclue en vertu du droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée; h) le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3. »

C. La protection des données personnelles dans l'Organisation des Nations Unies et dans L'Organisation Internationale du Travail

De nombreux instruments adoptés par les Nations Unies reconnaissent le droit fondamental à la protection des données personnelles, normalement en tant qu'extension du droit à la vie privée.

Du point de vue du droit général à la protection des données personnelles, deux documents méritent une mention spéciale : le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966* ; et la *Resolution n° 45/95 adoptée par l'Assemblée Générale en 14 décembre 1990 sur les Principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés*.

En ce qui concerne le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui a été ratifié par les quatre cinquièmes des pays du monde, il existe une disposition dans son art. 17 du droit à la protection de la vie privée et de la famille et l'inviolabilité du domicile et de la correspondance¹⁰⁵¹. Bien que le libellé de la disposition ne mentionne pas expressément le droit aux données, le Comité des droits de l'homme est réputé y figurer, mais il soutient également que les États convocateurs doivent prendre des mesures efficaces pour veiller à ce que les informations qui régissent la vie privée de la personne ne parviennent pas aux personnes non autorisées par la loi à les recevoir, en interdisant leur utilisation à des fins incompatibles avec celles qui font l'objet de l'accord.

Dans les *Principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés*, la protection est considérée comme la première ligne pour les individus et pour les données publiques ou privées qu'elle maintient dans des médias électroniques. L'instrument prévoit certains principes, tels que la licéité et de loyauté du traitement et de la collecte des données à caractère personnel¹⁰⁵², le besoin de spécification de la finalité

¹⁰⁵¹ « Article 17 : 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

¹⁰⁵² « A. Principes concernant les garanties minimales qui devraient être prévues dans les législations nationales : 1. Principe de licéité et de loyauté Les données concernant les personnes ne devraient pas être obtenues ou traitées à l'aide de procédés illicites ou déloyaux, ni utilisées à des fins contraires aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies. »

¹⁰⁵³ et de l'exactitude¹⁰⁵⁴ de la collecte et du traitement de ces données, l'accès à la personne concernée¹⁰⁵⁵, la non-discrimination¹⁰⁵⁶ et la sécurité des fichiers de données¹⁰⁵⁷. Des exceptions à ces principes peuvent être autorisées si les données sont nécessaires pour la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique ou la moralité. Les exceptions devraient être expressément énoncées dans la loi ou une norme équivalente, en fixant des limites et fournissant des garanties appropriées¹⁰⁵⁸. On ajoute aussi qu'il est

¹⁰⁵³ « A.3. Principe de finalité : La finalité en vue de laquelle est créé un fichier et son utilisation en fonction de cette finalité devraient être spécifiées, justifiées et, lors de sa mise en oeuvre, faire l'objet d'une mesure de publicité ou être portées à la connaissance de la personne concernée, afin qu'il soit ultérieurement possible de vérifier: a) Si toutes les données personnelles collectées et enregistrées restent pertinentes par rapport à la finalité poursuivie; b) Si aucune des dites données personnelles n'est utilisée ou divulguée, sauf accord de la personne concernée, à des fins incompatibles avec celles ainsi spécifiées; c) Si la durée de conservation des données personnelles n'excède pas celle permettant d'atteindre la finalité pour laquelle elles ont été enregistrées. »

¹⁰⁵⁴ « A.2. Principe d'exactitude : Les personnes responsables de l'établissement d'un fichier ou celles responsables de leur mise en oeuvre devraient être tenues de vérifier l'exactitude et la pertinence des données enregistrées et de veiller à ce qu'elles demeurent aussi complètes que possible pour éviter les erreurs par omission et qu'elles soient mises à jour, périodiquement ou lors de l'utilisation des informations contenues dans un dossier, tant qu'elles font l'objet d'un traitement. »

¹⁰⁵⁵ « A.4. Principe de l'accès par les personnes concernées : Toute personne justifiant de son identité a le droit de savoir si des données la concernant font l'objet d'un traitement, d'en avoir communication sous une forme intelligible, sans délais ou frais excessifs, d'obtenir les rectifications ou destructions adéquates en cas d'enregistrements illicites, injustifiés ou inexacts, et, lorsqu'elles sont communiquées, d'en connaître les destinataires. Une voie de recours devrait être prévue, le cas échéant, auprès de l'autorité de contrôle prévue au principe 8 ci-dessous. En cas de rectification, le coût devrait être à la charge du responsable du fichier. Il est souhaitable que les dispositions de ce principe s'appliquent à toute personne, quelle que soit sa nationalité ou sa résidence. »

¹⁰⁵⁶ « A.5. Principe de non-discrimination : Sous réserve des cas de dérogations limitativement prévus sous le principe. »

¹⁰⁵⁷ « A.7. Principe de sécurité Des mesures appropriées devraient être prises pour protéger les fichiers tant contre les risques naturels, tels que la perte accidentelle ou la destruction par sinistre, que les risques humains, tels que l'accès non autorisé, l'utilisation détournée de données ou la contamination par des virus informatiques. »

¹⁰⁵⁸ « A.6. Faculté de dérogation : Des dérogations aux principes 1 à 4 ne peuvent être autorisées que si elles sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ainsi que, notamment, les droits et libertés d'autrui, spécialement de personnes persécutées (clause humanitaire), sous réserve que ces dérogations soient expressément prévues par la loi ou par une réglementation équivalente prise en conformité avec le système juridique interne qui en fixe expressément les limites et édicte des garanties appropriées. Les dérogations au principe 5 relatif à la prohibition de la discrimination, outre qu'elles devraient être soumises aux mêmes garanties que celles prévues pour les dérogations aux principes 1 à 4, ne pourraient être autorisées que dans les limites prévues par la Charte internationale des droits de l'homme et les autres instruments pertinents dans le domaine de la protection des droits de l'homme et de la lutte contre les discriminations. 8. Contrôle et sanctions : Chaque législation devrait désigner l'autorité qui, en conformité avec le système juridique interne, est chargée de contrôler le respect des principes précités. Cette autorité devrait présenter des garanties d'impartialité, d'indépendance à l'égard des personnes ou organismes responsables des traitements et de leur mise en oeuvre, et de compétence technique. En cas de violation des dispositions de la loi interne mettant en oeuvre les principes précités, des sanctions pénales ou autres devraient être prévues ainsi que des recours individuels appropriés. 9. Flux transfrontières de données : Lorsque la législation de deux ou plusieurs pays, concernés par un flux transfrontières de données, présente des garanties comparables au regard de la protection de la vie privée, les informations doivent pouvoir circuler aussi librement qu'à l'intérieur de chacun des territoires concernés. En l'absence de garanties comparables, des limitations à cette circulation ne peuvent être imposées indûment et seulement dans la stricte mesure où la protection de la vie privée l'exige. »

possible d'étendre le champ d'application de la norme aux entités juridiques et aux données conservées dans des fichiers manuels.

En ce qui concerne la protection des données personnelles dans le cadre des relations de travail, l'*Organisation des Nations Unies*, par l'*Organisation internationale du travail*, son agence spécialisée, a adopté en 1997 le *Recueil de directives pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs de 1996 de l'Organisation internationale du Travail*¹⁰⁵⁹. Malgré le fait qu'il n'ait pas un caractère obligatoire, a joué un rôle important dans l'établissement des recommandations, des lignes directrices et des directives pour la législation des différents États, en reconnaissant l'importance d'utiliser les nouvelles technologies comme un moyen de surveillance des travailleurs.

En rédigeant le document, ont été considérées les directives énoncées dans la *Convention no. 108* du Conseil de l'Europe et par la *Recommandation R (89) 2* de l'OCDE. La recommandation a une portée large d'application, étant donné que, en ce qui concerne les dispositifs qui peuvent être utilisés dans le traitement des données personnelles à des fins de surveillance et contrôle, la recommandation comprend les ordinateurs, caméras, appareils audiovisuels, téléphones ou tout autre matériel de communication. En outre, on doit comprendre traitement comme toute la collecte, la conservation, la combinaison, la communication ou toute autre façon d'utilisation des données personnelles¹⁰⁶⁰¹⁰⁶¹.

En ce qui concerne la collecte des données personnelles de l'employé, il ajoute qu'on doit respecter le principe de l'idoneité des données personnelles qui sont collectées, ainsi que le principe de transparence, puisque les travailleurs doivent savoir quel est leur finalité¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ Il a été adopté par la Réunion d'experts sur la protection de la vie privée des travailleurs qui s'est tenue à Genève du 1er au 7 octobre 1996 conformément à la décision prise par le Conseil d'administration du BIT à sa 264^e session (novembre 1995). Cette réunion a été saisie d'un projet de recueil de directives pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs. Son ordre du jour comportait aussi un point intitulé « Recommandations pour l'action future de l'OIT, y compris l'examen de la possibilité d'adopter des normes internationales du travail dans ce domaine ». Le rapport de la réunion (document MEWP/1996/5) contient un compte rendu des débats, le texte du recueil de directives pratiques adopté par la réunion ainsi que les recommandations formulées par les experts en vue de l'action future de l'OIT.

¹⁰⁶⁰ « 3.2. Le terme traitement comprend toute opération relative aux données personnelles, et notamment à leur collecte, leur stockage, leur combinaison, leur communication, ou tout autre usage qui pourrait en être fait. »

¹⁰⁶¹ En ce sens, Bellavista, *Il poteri dell'imprenditore*, 160, qui constate que cette formulation adoptée par l'OIT présente des similitudes avec le libellé de l'art. 4^e du *Statuto dei Lavoratori*.

¹⁰⁶² José L. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, (Pamplona : Aranzadi, 2007), 64.

Contrairement à des conventions, le Recueil ne lie pas les États membres, ayant le seul but « de fournir des orientations pour la protection des données personnelles des travailleurs. Il ne prétend remplacer ni les lois et règles nationales, normes internationales du travail ni toute autre norme acceptée. Il peut être utilisé lors de l'élaboration de législations et réglementations, de conventions collectives, de règles de travail, de politiques et de mesures pratiques.¹⁰⁶³ »

En ce qui concerne l'enregistrement des données personnelles de l'employé, le Recueil exige l'idonéité des données par le principe de transparence maximale, de sorte que les employés connaissent le but pour lequel ils subissent ce traitement de données. Ainsi, il est établi que « dans le cas où les travailleurs font l'objet d'une surveillance, ils devraient être informés à l'avance des raisons de cette surveillance, des périodes concernées, des méthodes et techniques utilisées, ainsi que des données collectées¹⁰⁶⁴ ».

Le Recueil oblige, en outre, que les entrepreneurs recherchent les moyens qui ont des effets mineurs sur la vie privée des travailleurs, ce qui indique que « l'employeur doit réduire à un minimum l'ingérence dans la vie privée des travailleurs¹⁰⁶⁵ ». En ce qui concerne la surveillance permanente ou secrète, il adopte une approche clairement restrictive, puisqu'« en ce qui concerne la surveillance secrète et la surveillance permanente, le recueil défend une approche nettement plus restrictive. Il est prouvé qu'une surveillance permanente entraîne une anxiété, elle aussi permanente, qui peut être à l'origine de troubles physiques ou psychologiques. Elle doit donc se limiter aux cas où une surveillance est nécessaire pour faire face à des problèmes spécifiques ayant trait à la santé et à la sécurité, ou à la protection des biens de l'entreprise. Quant à la surveillance secrète, elle n'est acceptable que dans la mesure où elle est prévue par certaines dispositions de la législation nationale. Elle peut se révéler indispensable pour mener des enquêtes sur des activités criminelles ou d'autres infractions graves. Toutefois, le recueil souligne qu'il ne suffit pas de suspecter de telles activités ou infractions. C'est seulement au cas où existeraient des soupçons raisonnablement justifiés d'activités criminelles ou d'autres infractions graves qu'une surveillance secrète est autorisée. A titre d'infraction grave, on peut citer le harcèlement sexuel, qui n'est pas nécessairement qualifié d'activité criminelle. Il considère alors que la surveillance continue ne saurait être autorisée que

¹⁰⁶³ Article 2.

¹⁰⁶⁴ Article 6.14.

¹⁰⁶⁵ Article 6.14.

pour des raisons de santé et de sécurité ou en vue de protéger les biens de l'entreprise¹⁰⁶⁶ ».

Avec le même caractère restrictif, on indique que la surveillance secrète est acceptable seulement dans les cas prévus par les dispositions du droit national ou quand il y a des motifs raisonnables de soupçonner des activités criminelles ou d'autres infractions graves, relativisant cette dernière exception : Toute surveillance secrète ne saurait être autorisée que : a) si elle est conforme à la législation nationale ; ou b) s'il existe des soupçons raisonnablement justifiés d'activités criminelles ou d'autres infractions graves¹⁰⁶⁷ ».

En traitant des fins spécifiques de collecte et traitement, la ligne directrice est d'éviter l'utilisation multifonctions des données obtenues. Le Recueil établit le principe selon lequel « les données personnelles ne devraient être utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été collectées à l'origine¹⁰⁶⁸ ». Les conditions pour une utilisation des données sont : que la nouvelle façon d'utiliser soit compatible avec l'objectif initial, ainsi que l'employeur adopte des mesures nécessaires pour empêcher que l'information devienne hésitante dans un contexte changeant¹⁰⁶⁹.

Le Recueil rejette qu'on puisse exercer un contrôle permanent du travailleur au moyen de mesures de sécurité. Cependant, il entend que la violation accidentelle des infractions sans rapport avec le but des mesures ne serait pas soumise à cette restriction¹⁰⁷⁰.

Une partie importante du Recueil est dédiée à prescrire les droits individuels des travailleurs sur la protection des données, qui apparaissent recueillis dans la plupart des lois sur la protection des données. On proclame donc, parmi d'autres, le droit des travailleurs d'avoir accès à toutes les données personnelles indépendamment du fait qu'elles soient l'objet d'un traitement automatique ou qui conservent un dispositif manuel

¹⁰⁶⁶ Article 6.14.

¹⁰⁶⁷ Article 6.14.

¹⁰⁶⁸ Article 5.2.

¹⁰⁶⁹ « Article 5.3 : Si des données personnelles sont traitées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été collectées, l'employeur devrait s'assurer que cela ne se fait pas d'une manière incompatible avec l'objectif premier de leur traitement et prendre toutes mesures nécessaires pour éviter les erreurs d'interprétation qui pourraient résulter de leur utilisation dans un autre contexte. »

¹⁰⁷⁰ « Article 5.4 : Les données personnelles collectées en relation avec la mise en œuvre de mesures techniques ou d'organisation visant à garantir la sécurité et le bon fonctionnement des systèmes d'information automatisés ne devraient pas servir à contrôler le comportement des travailleurs. »

dans tout autre fichier qui contienne ses données personnelles¹⁰⁷¹ ; on établit le droit de nommer un représentant des employés ou un collègue de son choix pour aider à exercer le droit de consultation¹⁰⁷² ; et le droit de demander la rectification ou la suppression des données inexacts ou incomplètes, ainsi que celles qui sont soumises à une forme de traitement qui viole les dispositions du Recueil.

Enfin, le Recueil reconnaît un rôle important des droits collectifs dans la protection des travailleurs contre les risques résultant du traitement de leurs données personnelles, en prévoyant, d'une part, que toutes les négociations collectives aient pour conséquence que le traitement des données personnelles des travailleurs doive respecter les principes de protection des données¹⁰⁷³ et aussi qu'on doive informer et consulter les représentants des travailleurs en ce qui concerne l'introduction ou la modification des systèmes automatisés pour le traitement des données personnelles des travailleurs avant l'introduction de toute forme de surveillance électronique du comportement des travailleurs en milieu de travail¹⁰⁷⁴.

D. La protection des données personnelles dans l'Organisation des États Américains

En 1999 l'Organisation des États Américains a élaboré la Convention Américaine sur l'Autodétermination informationnelle sous l'influence des principes prévus dans les *Privacy Directives*. Dans l'objectif qu'il y ait une harmonisation entre les normes pour permettre que les pays agissent en coordination avec les autres pays intégrant l'Amérique Latine et avec le reste du monde, vue l'importance du commerce électronique dans le monde globalisé¹⁰⁷⁵. Le document se réfère à la *Déclaration des Droits de*

¹⁰⁷¹ « Art. 11.2. Les travailleurs devraient pouvoir consulter toutes les données personnelles les concernant, qu'elles soient traitées automatiquement, conservées dans un dossier concernant un travailleur donné ou dans tout autre dossier qui contienne des données personnelles relatives au travailleur concerné. »

¹⁰⁷² « Art. 11.5. Les travailleurs devraient être autorisés à désigner un représentant des travailleurs ou un collègue de leur choix pour les aider à exercer leur droit de consultation. »

¹⁰⁷³ « Art. 12.1. Toutes les négociations concernant le traitement des données personnelles des travailleurs devraient se fonder et être liées par les principes du présent recueil qui visent à garantir le droit de chaque travailleur de savoir et de décider quelles données personnelles le concernant peuvent être utilisées, dans quelles conditions et à quelles fins. »

¹⁰⁷⁴ « Art. 12.2. Les représentants des travailleurs, lorsqu'il y en a, devraient, en conformité avec la loi et la pratique nationales, être informés et consultés : a) en ce qui concerne l'introduction ou la modification des systèmes automatisés qui traitent les données personnelles des travailleurs ; b) avant la mise en place de toute forme de surveillance électronique du comportement des travailleurs sur le lieu de travail. »

¹⁰⁷⁵ Pablo A. Pallazzi, *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*,

l'Homme de 1948 et, ensuite, reconnaît les dangers auxquels le traitement automatique de données de caractère personnel expose la vie privée de l'utilisateur d'ordinateur, avec l'utilisation de nouveaux gadgets technologiques.

Il conclut à la fin avec un argument de poids d'après lequel le modèle de protection des données personnelles ne peut être différent en Europe et en Amérique Latine, car les problèmes que les nouvelles technologies apportent ne respectent pas les limites nationales, ils passent les frontières, créant des effets semblables dans le monde entier.¹⁰⁷⁶ Ainsi, les solutions juridiques, nationales, régionales ou mondiales ne peuvent être si différentes, pour deux raisons principales: la forte tendance à l'internationalisation en matière de droits humains, et la preuve, au long de ces nombreuses années d'expérience, que la réglementation des thèmes concernant l'internet s'impose comme mesure effective dans le seul cas où elle prend en compte le caractère transnational du réseau, ou disons, le flux transfrontalier des informations sur internet.

Cependant, malgré l'avancée dans la garantie de l'efficacité du droit à la vie privée à travers la création de législations sur la protection des données personnelles en Amérique Latine, et de l'initiative d'harmonisation de la OEA, le Brésil ne dispose pas encore de législation sur le thème¹⁰⁷⁷.

Récemment, en 2015, l'organisation internationale a élaboré la Proposition de Déclaration de principes régissant la vie privée et la protection des données personnelles dans les Amériques, portant tous les principes de protection des données contenus dans la Directive européenne.

Les membres de l'OEA ont le droit d'adhérer à la Convention américaine des droits de l'homme (1969)¹⁰⁷⁸, composant le Système interaméricain des droits de l'homme. L'organe juridictionnel du système régional est la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Dans la Convention interaméricaine de droits de l'homme, on fait mention de la protection de la vie privée¹⁰⁷⁹, cependant, sans accorder une protection spécifique à

56-96.

¹⁰⁷⁶Pallazzi, *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*, 49-52.

¹⁰⁷⁷ En Amérique Latine, la protection des données personnelles se trouve à un stade initial. Jusqu'à présent, seul le Chili et l'Argentine ont autorisé des lois spécifiques sur la protection des données personnelles : Loi n° 19.628, du 28 août 1999 ; et Loi n° 25.326, du 30 octobre 2000, respectivement.

¹⁰⁷⁸ Ainsi, le système interaméricain se compose de deux régimes : l'un fondé sur la Convention américaine et l'autre sur la Charte de l'Organisation des États américains. Pour une analyse comparative des systèmes régionaux, voir : Flávia Piovesan, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, (São Paulo : Saraiva, 2006).

¹⁰⁷⁹ Article 12.2.

l'autodétermination informative. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a déjà statué sur plusieurs affaires dans lesquelles elle a interprété la portée du droit à la vie privée¹⁰⁸⁰, mais il n'y a toujours aucun cas dans lequel le droit à l'autodétermination ait été reconnu¹⁰⁸¹.

§ 2^e La protection accordée aux données personnelles de l'employé dans les normes internationales

Les règles de protection des données personnelles visent à répondre aux risques résultant du traitement automatique des informations. L'une des idées centrales est que l'individu doit avoir le contrôle sur la collecte d'informations prises sur lui-même ou maintenues par d'autres. Une des hypothèses pour l'exercice de tout contrôle est que l'individu soit au courant des mécanismes de collecte, des opérations de traitement qui sont effectuées et du stock d'informations ou de données qui lui sont liées et qui sont entre les mains des responsables du traitement. Une autre hypothèse est qu'il ait une influence sur cette collecte de données ou d'informations, en corrigeant, effaçant ou entravant la collecte ou le traitement.

Sur la base de ces hypothèses, les principaux droits prévus par les règles de protection des données sont le droit d'être informé, le droit d'accès, le droit de rectification, correction et effacement des informations et le droit d'opposition. Dans les normes internationales, ces droits sont expressément énoncés ou articulés soit sur la base de principes (A) soit sur la base d'obligations et droits des sujets concernés (B).

A. Les principes de protection aux données personnelles des salariés

¹⁰⁸⁰ Par exemple, dans l'arrêt *Escher vs Brasil*, 2009 ; l'arrêt *Claude Reyes et al. v. Chile*, 2006.

¹⁰⁸¹ María S. M. Ramiro ; Jimena M. Gonzáles ; Miguel R. Gayo, "Protección de datos personales, privacidad y vida privada : la inquietante búsqueda de un equilibrio global", *Revista derecho*, 30 (2017).

Chaque norme internationale traitant de la protection des données personnelles a son propre ensemble de principes de base de protection des données. Néanmoins, l'existence de questions centrales communes à tous les documents sont indéniables. Ils tournent autour des conditions de légitimité et des limites pour collecte, traitement et stockage des données personnelles, des mesures du « contrôleur de fichiers » attendues, du « contrôleur de données » ou du « responsable pour les traitements », ainsi que les droits de la personne concernée aux données.

Conformément aux objectifs de ce travail, les principes de proportionnalité et nécessité (1), finalité (2) et légalité et loyauté (3) seront traités de manière plus visible. L'importance des deux premiers est particulièrement justifiée car ils déterminent la taille de l'économie qui devrait toujours guider le traitement des informations du point de vue de la protection des données personnelles. Et l'importance du troisième, car elle indique non seulement l'hypothèse générale sur laquelle repose la protection des données à caractère personnel, mais également quelles portes d'entrée ont été autorisées pour le traitement.

1) *Principe de la finalité*

La Recommandation no. R (89) 2 traite explicitement d'un principe de finalité¹⁰⁸², tout comme le Recueil¹⁰⁸³. Selon le principe de la finalité ou de la spécification du but, la collecte doit être faite dans les limites strictes du but spécifique qui l'a motivé. Le principe s'applique également à d'autres opérations de traitement. Le principe énonce deux exigences. Premièrement, l'utilisation des données uniquement aux fins de la collecte, qui doivent être expressément communiquées jusqu'à sa réalisation. Deuxièmement, le but ne doit pas être abusif ni entrer en conflit avec d'autres normes.

L'exigence selon laquelle un but spécifique doit être déclaré pour légitimer la collecte et le traitement des données personnelles soulève d'abord quelques questions. L'une d'elles se réfère aux caractéristiques de la description du but, qui doit obéir à certains attributs. Le but doit être clair, précis, pas ambigu ou vague¹⁰⁸⁴. Un autre problème est celui des tempéraments qui sont soumis au principe du but, comme

¹⁰⁸² Articles 8.2.a ; 11.1 ; et 14.1.

¹⁰⁸³ Articles 6.2 et 12.2.

¹⁰⁸⁴ Dans ce sens, la portugaise Catarina Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, 2005, 230.

l'autorisation de traitement compatible avec la finalité. Le Répertoire des recommandations pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs, par exemple, exige que l'employeur veille à que les données ne soient pas utilisées d'une manière incompatible avec celle de la collecte originale et il doit prendre des mesures pour éviter toute interprétation erronée par un changement de contexte¹⁰⁸⁵.

La norme souligne la reconnaissance suivant laquelle le contexte de traitement influence toujours la compréhension des données et, plus l'utilisation est large, plus le risque de distorsion des informations obtenues par la suppression du contexte d'origine est grand¹⁰⁸⁶. En d'autres termes, il ne s'agit pas tout simplement de transplanter les données d'un contexte à un autre.

2) *Principe de la proportionnalité et de la nécessité*

La Recommandation no. R (89) 2 traite explicitement de la proportionnalité¹⁰⁸⁷, tout comme le Recueil¹⁰⁸⁸. Il doit y avoir une relation proportionnelle entre la collecte de données et les fins pour lesquelles elle a été réalisée et la mesure de proportionnalité sera le besoin de données pour les fins énoncées dans la collecte. Il s'agit donc d'un cadre limitatif pour la collecte et le traitement de données qui, une fois admis, sont supposés être liés aux données pertinentes aux fins énoncées dans la collecte.

Dans le principe de la nécessité, la question de fond semble être substantiellement la même que celle du principe de proportionnalité, à savoir les limites imposées à la collecte et au traitement des données à caractère personnel. Dans le premier cas, l'inflexion serait ancrée dans l'idée suivant laquelle collecte et le traitement ne sont admis que lorsque le but recherché ne peut être obtenu par d'autres moyens. Ainsi, s'il existe une option, le principe de nécessité indique que l'alternative de non-traitement des données personnelles devrait être préférée.

Dans le cadre de la relation de travail subordonnée, l'un des motifs quelconques invoqués par l'employeur pour traiter les données personnelles du salarié

¹⁰⁸⁵ Article 5.3.

¹⁰⁸⁶ À propos de ces risques dans les rapports de travail subordonné, voir : Spiros Simitis, "From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union," *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 19, (1998) : 366.

¹⁰⁸⁷ Article 4.2.

¹⁰⁸⁸ Mais pas seulement. Il est aussi prévu dans l'article 5°, c de la Convention 108 du Conseil de l'Europe et dans l'article 8 des Directrices de l'OCDE.

doit être conforme au principe de nécessité. Cela signifie que le traitement des données doit être considéré comme une nécessité impérieuse et non comme un traitement¹⁰⁸⁹.

Ainsi, l'examen du principe de nécessité doit toujours précéder celui du principe de proportionnalité. En effet, dans l'ordre logique, il est d'abord nécessaire d'examiner si la collecte ou le traitement de données sont nécessaires. Ensuite, étant affirmatif, on poursuit en vérifiant s'il y a proportionnalité, c'est-à-dire si l'on choisit parmi les alternatives possibles ce qui épargne le plus les intérêts de l'individu. La pertinence et le choix de l'environnement moins intrusif peuvent être les effets les plus importants de la proportionnalité dans le contexte de l'emploi. Dans le but de jauger, les risques et la quantité de données impliqués et le but du traitement devraient être pris en compte, entre autres critères¹⁰⁹⁰.

3) *Principe de la loyauté ou bonne foi*

Le principe de loyauté ou bonne foi¹⁰⁹¹ prévoit que les données doivent être collectées avec la connaissance du titulaire respectif, en interdisant la collecte par des tiers, ce qui impliquerait l'absence de contrôle par l'individu lui-même. Cela impose également que les données soient utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été collectées ou puissent être utilisées pour atteindre les objectifs proposés et autorisés par le titulaire¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ Avis 8/2001 du Groupe de l'article 28 de la Directive 95/46/CE.

¹⁰⁹⁰ Simitis précise que, « depuis la collecte et la conservation des données relatives à un poste donné, le placement ou la fonction sont difficiles à déterminer et le principe en soi-même serait un guide insuffisant. Plus un employé reste longtemps dans la même entreprise, plus grandes sont les chances que les données recueillies lors de l'embauche initiale ne reflètent pas sa situation actuelle. En outre, il n'est pas possible d'établir à priori un ensemble de données fournissant toutes les informations nécessaires, quelles que soient les circonstances spécifiques dans lesquelles elles seront utilisées, telles que les obligations contractuelles spécifiques, les performances individuelles pour évaluer une promotion ou évaluer les implications de changements structurels du processus de production. Compte tenu de l'insuffisance du principe, des règles complémentaires sont nécessaires pour optimiser la transparence du traitement et permettre à l'employé de connaître et contrôler les utilisations de ses données. C'est la base de règles telles que l'employeur ne peut traiter des données qu'à des fins clairement prédéfinies et qu'il est nécessaire que les informations soient Recueillies directement auprès de l'employé. » Simitis, "From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data : policies and constraints of the European Union," 366.

¹⁰⁹¹ Prévue par exemple dans l'art. 5, celui de la Convention no. 108, correspondant au principe de limitation de la collecte dans les principes directeurs de l'OCDE.

¹⁰⁹² D'après ce qui mentionne le juriste portugais José Adércio Sampaio, *Direito à intimidade e à vida privada : uma visão da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, (Belo Horizonte : Del Rey, 1998), 232.

La collecte de données personnelles sans le consentement de leurs titulaires affaiblit le principe de loyauté ou de bonne foi, suivie par la formation d'une base de données utilisée pour dessiner le profil de ces personnes, et ces informations sont plus tard commercialisées avec des sociétés de publicité et marketing. En outre, l'infraction à ce principe est caractérisée par la collecte de données avec le consentement tacite du titulaire pour la mise en œuvre d'un contrat de prestation de services ou d'un produit, suivie de l'utilisation des mêmes données pour répondre aux intérêts commerciaux non reliés aux fins pour lesquelles elles ont été collectées et non autorisés par ce même titulaire.

Dans le contexte de l'emploi, le respect de la loyauté est compris dans le traitement des données des employés avec un test supplémentaire de proportionnalité à effectuer, puisque le traitement, même légitime, peut être considéré comme injuste. Par exemple, même si la surveillance des employés, même si elle respecte toutes les autres exigences, c'est-à-dire avoir une cause légitime, est faite dans un but précis et soit proportionnée, elle peut encore être déloyale¹⁰⁹³.

La Recommandation no. R (89) 2 ne précise pas explicitement les motifs de légitimation du traitement. Et le répertoire utilise la formule générique que les données personnelles doivent être traitées légalement et loyalement et seulement pour des raisons directement liées à l'emploi du travailleur¹⁰⁹⁴. Le contenu de ce qui serait considéré comme légal et loyal est laissé à la décision dans le domaine de la discrétion des États signataires. Le principe de loyauté touche deux points importants : le consentement de celui qui a traité les données (i) et la question du traitement des données confidentielles (ii).

i. Le consentement du salarié

Le consentement est considéré comme un concept central dans la protection des données à caractère personnel¹⁰⁹⁵, mais ce n'est pas le seul motif de légalité du traitement. La validité du consentement dépend, en premier lieu, de la question de savoir s'il résulte d'une manifestation libre et cela ne se produira que si le refus de consentir

¹⁰⁹³ Groupe de travail no. 29 pour la protection des données, Avis 8/2001.

¹⁰⁹⁴ Article 5.1 du répertoire de l'OIT.

¹⁰⁹⁵ Voir, par exemple, Philippe Boillat ; Morten Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, (Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2014), 193.

n'entraîne pas de conséquences négatives importantes. Il doit aussi être spécifique, c'est-à-dire que les données traitées et les finalités auxquelles elles sont destinées doivent être clairement identifiées. La personne doit également être informée qu'elle doit disposer d'informations exactes et complètes sur les questions relatives au traitement, telles que les types de données à traiter, à quelles fins, qui sera le destinataire de l'information et les droits qu'elle a¹⁰⁹⁶.

Il convient toutefois de noter que, même s'il est valide, le consentement n' « exempte pas la personne responsable du traitement de ses obligations et ne légitime pas non plus un traitement qui serait autrement considéré comme injuste¹⁰⁹⁷ ».

Dans le contexte des relations de travail subordonnées, il y a des motifs raisonnables de douter que le consentement puisse être invoqué comme motif de la légalité du traitement. Premièrement, l'employé se trouve souvent dans une position ou une situation où il ne peut donner son consentement librement. Étant dans une position de subordination dans la relation de travail, il peut être en difficulté ou même incapable de refuser, retirer ou modifier son consentement par crainte de perdre une éventuelle promotion ou même d'être renvoyé de l'entreprise.

De plus, bien que la subordination joue un rôle central dans l'évaluation de la liberté de consentement dans le contexte de l'emploi, d'autres éléments peuvent également exercer une influence sur la décision de l'employeur, notamment d'ordre financier, affectif ou pratique. Deuxièmement, il peut être trompeur d'essayer de légitimer un tel traitement dans des situations où l'employeur doit traiter les données personnelles de l'employé comme une conséquence nécessaire et inévitable de la relation de travail¹⁰⁹⁸.

En dépit de la reconnaissance de la fragilité du consentement dans le contexte de l'emploi, les principales réglementations internationales qui traitent spécifiquement de la protection des données personnelles du salarié n'excluent pas totalement le consentement au salarié comme motif de légitimité pour le traitement des données personnelles.

La Recommandation no. R (89) 2, dans les circonstances dans lesquelles le consentement est accordé, détermine que ce soit informé et exprimé¹⁰⁹⁹. Le Recueil ne définit pas les conditions générales de validité du consentement de l'employé, mais fait

¹⁰⁹⁶ Avis 15/2011 du Groupe de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

¹⁰⁹⁷ Avis 8/2001 du Groupe de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

¹⁰⁹⁸ Avis 8/2001 du Groupe de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

¹⁰⁹⁹ Articles 8.2, b ; 10.1 ; 10.3 du R(89) 2.

référence au « consentement explicite¹¹⁰⁰ » pour autoriser l'employeur à collecter des informations sur l'employé auprès de tiers. Le consentement aux relations de travail est ainsi admis brièvement et s'exerce dans certaines limites qui sont formulées par des règles complémentaires.

L'un des moyens de construire ces limites est dans les règles qui n'autorisent pas le traitement, quel que soit le consentement de l'employé. Par exemple, le répertoire des recommandations stipule que, même si l'employé fournit les mêmes informations, l'employeur ne sera pas autorisé à les utiliser si elles ne sont pas pertinentes ou si elles excèdent ce qui a été demandé¹¹⁰¹.

Concernant le consentement, il est important de mentionner que les documents internationaux traitant de la protection des données personnelles dans les relations de travail subordonné recommandent généralement la participation d'un syndicat pour l'autorisation du support électronique qui Recueillera et traitera les données des travailleurs.

Bien que les conséquences du traitement puissent affecter individuellement chaque employé, les méthodes développées pour la collecte et la conservation des données sont construites sur la base d'une perception collective des employés et sont donc destinées à être appliquées à l'ensemble de toute la collectivité considérée ou bien à certains groupes. C'est la raison d'être de la prévision de la participation des représentants du personnel aux normes de protection des données pour le secteur de l'emploi.

La Recommandation no. R (89) 2 propose que, lorsque la situation l'exige et se conforme à la législation et à la pratique nationales, les employeurs informent ou consultent leurs employés ou leurs représentants sur l'introduction ou l'adaptation de systèmes automatiques de collecte ou d'utilisation des données personnelles du salarié ou de l'équipement de surveillance du mouvement ou de surveillance de la productivité des employés¹¹⁰².

Le Recueil de recommandations pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs présente une disposition similaire¹¹⁰³. La représentation des salariés peut, grâce à l'établissement de règles, compenser les lacunes du besoin de consentement éclairé dans des cas paradigmatiques, tels que l'utilisation de

¹¹⁰⁰ Article 6.2 du répertoire de l'OIT.

¹¹⁰¹ Article 6.9 du répertoire de l'OIT.

¹¹⁰² Article 3.1 du R(89)2.

¹¹⁰³ Article 12.2, a, b, c du répertoire de l'OIT.

questionnaires, introduction et application de tests, mise en place de procédures de surveillance et de contrôle, installation d'équipements de surveillance et structuration de systèmes d'information globaux. Une autre fonction importante consiste à compenser les lacunes du droit individuel de l'employé d'avoir accès à ses données et de les corriger ou de les compléter si nécessaire¹¹⁰⁴. Toutefois, une telle intervention de la représentation des salariés est soumise à des limites. Son but et sa portée doivent nécessairement respecter les principes et les règles de protection des données personnelles – c'est ce que nous dit le Répertoire des recommandations pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs¹¹⁰⁵.

ii. Les données sensibles

L'un des groupes de données qui méritent des règles spéciales est ce que l'on appelle les données confidentielles. Sont considérés comme tels ceux qui véhiculent des informations présentant un grand potentiel de préjudice pour leurs détenteurs¹¹⁰⁶.

Le Recueil présente un tableau qui inclut des données sur la vie sexuelle, les convictions politiques, les croyances religieuses ou toute autre croyance, les convictions criminelles et l'appartenance à une organisation syndicale¹¹⁰⁷. Il n'inclut pas l'origine

¹¹⁰⁴ Dans ce sens, Simitis, "From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data : policies and constraints of the European Union," 371.

¹¹⁰⁵ Spiros Simitis souligne que, dans les normes, il n'y a pas de définition claire de ce qui doit être compris par. « L'expression « besoin de participation » des représentants des travailleurs ne répondrait pas précisément à la question de savoir quel type de droits ces représentants ont. Le terme serait ambivalent et pourrait signifier des choses aussi différentes que l'accès à l'information ou même une véritable codétermination dans les décisions de l'employeur. Pour l'auteur, la forme et le contenu de ces droits dépendent de la manière dont la participation est structurée de manière générique et de la façon dont elle est conçue en droit national. Par conséquent, il n'y a pas de modèle uniforme. » Simitis, "From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data : policies and constraints of the European Union," 371.

¹¹⁰⁶ Dans ce sens, Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 87 et s.

¹¹⁰⁷ Art. 6.5 du recueil. Voir aussi les Observations 6.5-6.9 relatives au recueil de directives pratiques : « Quelque importante que soit leur participation, les travailleurs ne peuvent exercer qu'une influence limitée sur le traitement de l'information. Généralement, leur dépendance à l'égard de l'entreprise les incite à se conformer aux vœux de l'employeur et à restreindre leur participation à une simple formalité. C'est pourquoi la plupart des jurisprudences nationales s'efforcent, surtout dans le cas des questionnaires, d'interdire la collecte des données jugées particulièrement sensibles. Une tendance similaire apparaît dans nombre de lois sur la protection des données et dans la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 et la Directive de l'Union européenne. Sont notamment considérées comme sensibles les données qui portent sur la vie sexuelle, l'appartenance syndicale, l'origine raciale, l'opinion politique, la croyance religieuse et les condamnations pénales. Aussi sensibles que soient ces données, on ne saurait à priori en exclure totalement la collecte. Par exemple, si la loi le permet, l'opinion politique d'un journaliste peut influencer sur son engagement par un journal proche de tel ou tel parti politique ; de même, il peut être utile de connaître

raciale, bien que cela figure sur la liste des données confidentielles fournie par la convention no. 108¹¹⁰⁸.

En ce qui concerne les données confidentielles, la collecte n'est pas exclue a priori, ce qui permet de le faire exceptionnellement et dans des situations où elle ne peut être justifiée que dans la mesure où les données sont directement pertinentes à une décision d'embauche et conformes à la législation antidiscriminatoire concernant le traitement de cette espèce de données.

B. Les droits et obligations des parties en matière de données personnelles

Les documents internationaux sur la protection des données dans les relations de travail subordonnées ont des caractéristiques communes. Premièrement, ils établissent les droits de celui qui fait traiter leurs données (1) ; deuxièmement, on peut dire qu'une série d'obligations est établie pour ceux qui sont responsables de la collecte et du traitement des données (2). Après avoir examiné les devoirs relatifs aux obligations, il est possible de procéder à une évaluation des objectifs généraux des documents internationaux relatifs à la protection des données dans la relation de travail subordonné (3).

1) Les droits des salariés en matière de protection des données

Les règles de protection des données personnelles visent à répondre aux risques résultant du traitement automatique des informations. L'une des idées centrales est que l'individu doit avoir le contrôle sur la collecte d'informations collectées sur lui-même ou maintenues par d'autres. Une des hypothèses pour l'exercice de tout contrôle

l'appartenance syndicale des travailleurs pour procéder à la perception automatique des cotisations syndicales. En bref, le caractère particulièrement sensible de certaines données personnelles n'interdit pas forcément leur collecte. En revanche, il justifie que l'on respecte certains principes pour compenser la position de faiblesse des travailleurs dans la relation d'emploi, faiblesse qui risque de nuire à leur liberté de choix dans l'utilisation des données personnelles les concernant. »

¹¹⁰⁸ Article 6° de la Convention 108 du Conseil de l'Europe.

est que l'individu soit au courant des mécanismes de collecte, des opérations de traitement qui sont effectuées et du stock d'informations ou de données qui lui sont liées et qui sont entre les mains des responsables du traitement.

Une autre hypothèse est qu'il ait une influence sur cette collecte de données ou d'informations, en corrigeant, effaçant ou entravant la collecte ou le traitement. Sur la base de ces hypothèses, les principaux droits prévus par les règles de protection des données sont le droit d'être informé, le droit d'accès, le droit de rectification, correction et effacement des informations et le droit d'opposition. Dans les normes internationales, ces droits sont expressément énoncés ou articulés sur la base de principes.

Le « principe d'information¹¹⁰⁹ » établit, pour le responsable du traitement ou pour son traitement, des obligations d'information et, pour les personnes concernées, le droit de recevoir des informations sur la collecte, le traitement et le stockage des données personnelles, tels que le droit d'accéder à leurs données personnelles. Cela concerne un large éventail d'informations, telles que la période de conservation des données personnelles, le but de la collecte ou du traitement, les espèces de données traitées et le destinataire de l'information. La conséquence en serait le droit d'accès de la personne concernée et le devoir du responsable du traitement de mettre en œuvre des mesures garantissant ce droit¹¹¹⁰.

De plus, selon lui, la possibilité de modifier les données par la personne concernée est incluse dans ce principe, bien que cela ne soit pas une conséquence logique. Des restrictions au principe sont admises dans certains domaines, en particulier dans des situations de sécurité publique ou interne. Le principe de l'information et le principe du libre accès sont les fondements des principaux droits accordés à l'individu par les règles de protection des données personnelles, telles que le droit d'être informé, le droit d'accès, le droit de rectifier, corriger et supprimer des informations. Ces droits ne constituent pas un rôle définitif et représentent une image des formulations présentées dans les premiers documents internationaux sur la protection des données personnelles. Dans la liste des droits, il est toujours pertinent d'inclure le droit d'opposition.

Comme la protection des données personnelles est ancrée dans l'idée que l'individu devrait avoir le contrôle sur les informations qui le concernent, alors le droit

¹¹⁰⁹ Le principe de l'information est référé dans l'article 13 des Directrices de l'OCDE et dans l'article 8o de la Convention n° 108. Voir : Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 81.

¹¹¹⁰ Dans ce sens, Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 114.

d'opposition est toujours un moyen de contrôle. Cependant, c'est un instrument de contrôle qui est exercé après consentement¹¹¹¹. L'initiation du traitement des données personnelles, contrairement à ce qui se passe avec le droit à l'information, l'accès, la rectification, l'annulation et la destruction, qui sont considérés comme ceux auxquels on peut renoncer, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être limités ou exclus par la négociation des détenteurs¹¹¹².

Dans la recommandation no. R (89) 2, à côté du droit d'accès et de rectification¹¹¹³, il y a aussi le droit d'être informé¹¹¹⁴. Le Recueil de recommandations pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs traite le sujet de manière plus détaillée et donne également le droit de corriger et effacer les informations¹¹¹⁵. Au droit d'être informé et d'avoir accès à l'employé correspond l'obligation d'informer l'employeur. Le Recueil de recommandations pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs a choisi de présenter le problème en mettant l'accent sur la nécessité pour l'employeur de présenter régulièrement des informations à ses employés afin qu'ils puissent évaluer l'étendue et la signification des données traitées, en augmentant la perception des implications du traitement¹¹¹⁶.

Pour que l'information soit fiable, le droit d'être informé ne doit pas se limiter au dossier de l'employé, mais doit inclure toutes les données qui s'y rapportent et les traiter¹¹¹⁷ indépendamment du lieu où elles sont maintenues ou des moyens utilisés. Le

¹¹¹¹ Avis 15/2011 du Groupe de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

¹¹¹² Queiroz, *Direitos fundamentais*, 303.

¹¹¹³ Articles 12.1 à 12.5.

¹¹¹⁴ Article 3.1.

¹¹¹⁵ Articles 11.1 à 11.13.

¹¹¹⁶ Voir les Observations 11 relatives au recueil de directives pratiques dans le recueil : « A la différence de la plupart des lois sur la protection des données, le recueil commence par affirmer, non pas le droit des travailleurs à l'information, mais le devoir de l'employeur d'informer régulièrement les travailleurs pour leur permettre d'apprécier l'importance des données traitées (11.1). Les travailleurs ne voudront en effet savoir ce qu'il advient des données les concernant que s'ils ont au moins une idée approximative de la nature des données collectées, du but dans lequel elles le sont et de l'identité des destinataires. Plus ils se sentiront impliqués, plus ils s'intéresseront aux conséquences possibles de la collecte des données. L'obligation de l'employeur d'informer les travailleurs est le corollaire du droit de ceux-ci d'être informés du traitement des données les concernant. »

¹¹¹⁷ Voir les Observations 11 relatives au recueil de directives pratiques dans le recueil : « Pour avoir des informations fiables, le travailleur doit avoir accès non seulement à son dossier individuel mais aussi à toutes les autres données personnelles le concernant, quel que soit l'endroit où elles sont conservées et quelles que soient les méthodes utilisées pour les traiter (11.2). Bien entendu, il y a lieu d'admettre une exception pour les enquêtes de sécurité, mais même alors l'accès des travailleurs aux données ne peut être exclu ou repoussé indéfiniment. Une fois l'enquête terminée, le travailleur devrait avoir la possibilité d'inspecter les données avant que toute décision l'affectant soit prise (11.8). Il faut aussi éviter les restrictions indirectes, comme celles qui consistent à demander aux travailleurs d'indiquer les données qu'ils souhaitent consulter et pourquoi, à leur imposer des frais ou à leur interdire d'exercer leur droit durant les heures normales de travail. Les conditions spécifiques de travail doivent toutefois être prises en compte. Le recueil indique donc que, si la consultation ne peut avoir lieu pendant les heures de travail normales, d'autres

Recueil de recommandations pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs a limité le droit d'accès de l'employé aux enquêtes de sécurité car il a reconnu le droit de l'employeur de le refuser dans la mesure où il peut y avoir une menace aux objectifs de l'enquête. Mais même dans ce cas, le salarié ne peut pas voir son droit d'accès exclu ou reporté indéfiniment. Et aucune décision sur le contrat de travail ne peut être prise avant de permettre à l'employé d'accéder à ces données¹¹¹⁸.

2) Les obligations du responsable pour le traitement des données

Comme mentionné dans le point précédent, le principe d'information établit des obligations d'information pour la personne responsable pour les données personnelles ou pour leur traitement. Les devoirs de même nature découlent également du principe de transparence ou de publicité. Ce principe s'applique par rapport à la simple existence d'une base de données avec des informations personnelles, c'est-à-dire indépendamment de la possibilité de communiquer des données dans le système lui-même ou de les transmettre à d'autres¹¹¹⁹.

La simple existence d'une base de données contenant des informations personnelles nécessite déjà que le public soit mis au courant de son existence. Cette connaissance peut se produire à travers l'exigence d'une autorisation préalable à l'exploitation, notification à l'autorité de contrôle, envoi de rapports périodiques ou seulement à travers des mécanismes qui permettent sa localisation. Un autre aspect envisagé par ces principes est que la collecte de données personnelles, la constitution d'une base de données ou le traitement de données à caractère personnel ne doivent pas être faits à l'insu de l'intéressé et ne doivent donc pas être subliminaires, voilés ou confidentiels¹¹²⁰.

Comme la publicité devient concrète, cela dépendra de ce que chaque système juridique possède, par exemple, la publicité peut être faite simplement en communiquant à la personne concernée ou en faisant l'objet d'une notification par l'autorité de

dispositions, tenant compte à la fois des intérêts des travailleurs et des employeurs, doivent être prises (11.4, 11.7). »

¹¹¹⁸ Article 11.8 du répertoire de l'OIT.

¹¹¹⁹ Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 81-82.

¹¹²⁰ Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 82.

surveillance ou en obtenant son consentement préalable. Il ne suffit pas que le contrôleur informe et agisse avec transparence. Les règles de protection des données personnelles lui imposent également des devoirs pour assurer la fiabilité et l'exactitude des données, ainsi qu'une gestion qui garantit la sécurité de l'information.

Ces ensembles de fonctions sont articulés dans les principes de l'exactitude des données et du principe de confidentialité et de sécurité. Le principe de l'exactitude des données¹¹²¹ établit le devoir de mettre à jour les données et de prendre des mesures pour s'assurer que les données inexactes ou incomplètes soient effacées ou rectifiées. Les droits sont imposés au responsable du traitement des données. L'auteur déclare que, en conséquence de ce principe, il existe une règle selon laquelle la personne concernée a le droit de rectifier les données ou d'annuler ou de congeler des données qui ne sont plus pertinentes. Il convient de noter que les expressions « contrôleur de fichiers », « contrôleur de données » ou « personne responsable pour le traitement des données » expriment des idées qui ne sont pas nécessairement symétriques quant à savoir à qui attribuer la responsabilité¹¹²².

Dans la situation concrète, la « personne responsable pour le traitement des données » peut ne pas coïncider avec le contrôleur des fichiers ou même avec celui qui détient les données (peu considérés). L'objectif de cette étude est la protection des données personnelles de l'employé et, dans cette situation, l'employeur est celui qui s'identifie premièrement avec le poste de contrôleur. C'est la raison pour laquelle ces distinctions ne seront pas explorées ici. Les données personnelles collectées ou traitées doivent refléter fidèlement la réalité. Il attire l'attention sur le fait que l'inexactitude des données peut conduire à la formulation d'un faux jugement sur la personne et souvent la partie intéressée n'est pas au courant de l'erreur. L'auteur mentionne également la légitimité des mesures qui seraient construites sur la base de ce principe et qui viseraient à minimiser la quantité de données incorrectes ou à imposer l'obligation de mises à jour périodiques et de conférences par le responsable du traitement des informations dans la base de données.

Le principe de confidentialité et de sécurité¹¹²³ énonce le devoir du responsable du traitement de prendre des mesures appropriées pour préserver la confidentialité et la sécurité de l'accès, la divulgation, la transmission, l'utilisation non

¹¹²¹ Voir Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 78.

¹¹²² Article 7, d de la Convention 108 du Conseil de l'Europe.

¹¹²³ Article 7, a de la Convention 108 du Conseil de l'Europe.

autorisée, la destruction, la perte et l'altération des données. En fait, le principe de confidentialité et de sécurité découle de l'obligation générale de diligence. La diffusion et l'utilisation intensive des systèmes de traitement automatique des données apportent non seulement des pouvoirs mais aussi des devoirs aux responsables. Ce principe inclurait des mesures telles que la qualification des personnes responsables du traitement des données personnelles, qui seraient classées comme l'un des sujets du traitement et qui, le cas échéant, pourraient être objectivement responsables pour des défaillances du traitement¹¹²⁴.

Un aspect important et actuellement très débattu est celui apporté par le principe de temporalité de l'utilisation¹¹²⁵. Il ne constitue qu'une limite supplémentaire à l'utilisation des données à caractère personnel, car il préconise que les données ne soient pas conservées indéfiniment, sauf à des fins spécifiques et à condition qu'elles soient rendues anonymes, par exemple à des fins scientifiques, statistiques ou historiques. Mais le principe peut également être associé à des devoirs de la part du responsable du traitement ou du stockage en ce qui concerne non seulement la nécessité de disposer de données à caractère personnel mais également à la manière dont cela doit être exécuté.

3) Bilan des dispositions concernant la protection des données personnelles du salarié dans les documents internationaux

Plus généralement, le noyau de la protection mise dans ces documents internationaux réside dans le fait qu'il vise à avoir comme un objet le risque réel ou potentiel qui résulte du traitement automatique des informations sur les personnes ou ses fragments - données personnelles. Peu importe que l'information ait effectivement été le sujet de cognition ou non par celui qui la détient. Ce qui compte, c'est qu'elle puisse en être ainsi un et apporter, pour ceux qui y ont accès, une situation privilégiée de pouvoir.

Son mécanisme central repose sur une interdiction générale du traitement des informations relatives à l'individu, combinée à des autorisations de traitement partiel.

¹¹²⁴ Dans ce sens, pour tous, Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 98.

¹¹²⁵ Article 5^e de la Convention 108 du Conseil de l'Europe.

L'interdiction générale du traitement des informations relatives à la personne repose sur l'hypothèse suivant laquelle le traitement automatique des données comporte un risque sérieux pour la société, fondé sur les droits fondamentaux de l'individu.

Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle allemande, les personnes qui ne savent pas qui traite leurs données, quelles données sont traitées, dans quel but et dans quelles conditions, auront inévitablement tendance à renoncer à leur pouvoir d'exprimer librement leurs opinions, de montrer leur sympathie ou rejoindre un parti politique, un syndicat ou toute association pour s'adapter aux attentes potentielles du transformateur. L'anticipation adaptative remplacera donc progressivement toutes les tentatives de participation critique et, avec le temps, érodera le fondement même de la société démocratique¹¹²⁶.

Dans ces conditions, non seulement l'exercice des droits fondamentaux par la personne elle-même est visiblement altéré, mais aussi la construction de l'espace public dans la société démocratique. Il y a donc une interconnexion entre la restriction délibérée de l'accès aux données personnelles et la liberté individuelle qui justifie l'établissement d'une telle limite. L'univers saisi comme une source de risque est établi par le concept de « données personnelles », pierre angulaire de l'architecture de protection et qui déclenche l'exécution des tâches par le responsable du traitement.

Il convient de noter qu'il n'est pas construit sur la base des informations contenues ou non dans un classeur ou une base de données structurée. Afin d'évaluer si quelque chose est dans le champ d'application de ce concept, il est seulement nécessaire que tous les critères de la définition soient présents¹¹²⁷. Son amplitude et sa grande plasticité sont précisément destinées à couvrir les « zones grises » et à pouvoir suivre les développements technologiques rapides. Le concept de « données personnelles » peut même aller au-delà du domaine traditionnellement consacré au respect des vies privée et familiale, même s'il est interprété de manière élastique et large, comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, qui soutient qu'il est contenu dans le concept de vie privée « le droit d'établir et développer des relations avec d'autres êtres humains¹¹²⁸ ». Et son ampleur soulève des doutes quant à savoir si, dans son application, ce qui est

¹¹²⁶ Simitis, "From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data : policies and constraints of the European Union," 353.

¹¹²⁷ Dans ce sens, l'Avis 4/2017 du Groupe de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

¹¹²⁸ CEDH, Amann c. Suïça 16/02/2000, § 65.

réellement en cause est le droit de la personne à la protection des données ou l'exécution des obligations imposées aux responsables pour le traitement des données.

La protection des données personnelles résulte donc principalement de l'articulation du concept de « données personnelles » avec les principes formulés pour répondre à trois grands blocs de questions : l'établissement de conditions et de restrictions pour les opérations de collecte et de traitement, les fonctions de gestion de la collecte d'informations sous la responsabilité de l'employeur et les droits à celui à qui les données se réfèrent. Une fois que la protection individuelle entraîne une restriction importante à la liberté d'information et d'expression, il est souhaitable, du point de vue de la politique législative, que sa mise en œuvre passe par une loi, ce qui est peut-être le moyen le plus approprié de mettre en œuvre une fonction protectrice de cette amplitude.

La loi fournit un modèle de résolution préalable des conflits et permet, par exemple, de se prononcer à l'avance sur les motifs d'autorisation de collecte et de traitement, d'établir l'hypothèse d'autorisation et les interdictions, devoirs et délais à respecter et à être observés par le responsable pour le traitement et les conditions d'exercice des droits de la personne à laquelle les données se réfèrent. Dans la mise en œuvre de la protection des données personnelles, la loi est une voie possible, mais ce n'est certainement pas la seule.

Dans le domaine des relations de travail subordonnées, les possibilités qu'offre le traitement informatique automatique des données ont considérablement modifié les conditions dans lesquelles l'employeur recueille, stocke et transmet les informations relatives au salarié, notamment lorsqu'elles découlent de l'exercice de ses pouvoirs d'organisation, contrôle et discipline. Les changements sont visibles non seulement dans l'univers de référence dans le but de collecter des informations (par exemple, Internet et les réseaux sociaux) mais aussi dans le potentiel d'intrusion des moyens de l'obtenir. Il est à noter que ces informations, même fragmentaires, constituent une base de données multifonctionnelle qui, à travers des opérations de traitement, permet une exploitation conforme aux attentes et aux politiques de l'entreprise, ce qui risque d'affaiblir la position de l'employé et de lui faire du mal.

D'autres aspects à considérer sont, d'une part, le fait qu'il n'est plus possible d'envisager une frontière nette entre les vies personnelle et professionnelle du salarié et, d'autre part, l'impact collectif inévitable du flux d'information des salariés. En ce qui concerne le premier, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de vie privée ne devrait pas exclure les activités de nature professionnelle ou

commerciale, car elles représentent, pour la plupart des personnes, la possibilité d'entrer en contact avec le monde extérieur et développer des relations avec d'autres êtres humains¹¹²⁹. Par rapport à la seconde, il est au moins souhaitable que les représentants des employés aient leur mot à dire sur les effets du traitement automatique des informations pour l'ensemble de la main-d'œuvre.

Les employés ne se dépouillent pas de leurs droits de personnalité dans le lieu de travail. Il nous semble que, du point de vue du travail, la protection des données personnelles du salarié, outre le fait de répondre aux questions posées par ce régime de protection, sera inévitablement confrontée à des problèmes de travail évidents. Ils s'expriment dans la conception même du pouvoir managérial de l'employeur et, en fin de compte, dans l'établissement des employés qui ont un sens pour la relation de travail subordonnée et des aspects qui peuvent être soumis à un contrôle et à un suivi.

Même si elles n'ont pas un caractère obligatoire, le droit brésilien peut et doit se servir des dispositions contenues dans les documents internationaux pour la limitation du pouvoir de l'employeur, assurant ainsi la concrétisation du droit à la vie privée dans le contexte de la société de l'information.

¹¹²⁹ CEDH, *Amann c. Suïça*, 16/02/2000, § 65.

Chapitre 3 : Vers un droit à l'autodétermination informationnelle en droit du travail brésilien ?

En réfléchissant sur les dispositions de droit international et de droit comparé, on veut présenter un modèle limitant le pouvoir de l'employeur conformément à la réalité objective de la société de l'information, suffisamment efficace pour garantir la non-violation des droits fondamentaux des employés, en particulier le droit à la vie privée.

Ainsi, avant de proposer des solutions pour procéder à la limitation du pouvoir électronique de l'employeur dans la loi brésilienne (*Section II : De la protection à la vie privée à la protection à l'autodétermination informationnelle en droit brésilien*), il est essentiel de reconnaître l'existence du droit à l'autodétermination informationnelle en raison du système brésilien de protection de la dignité humaine (*Section I : Le droit à la vie privée comme droit à la protection des données personnelles*).

Section I : De la protection à la vie privée à la protection à l'autodétermination informationnelle en droit brésilien

Il y a dans la législation brésilienne des lois qui traitent indirectement de la protection des données personnelles (§ 1^o : *L'état actuel de la protection des données personnelles en droit brésilien*). Cependant, on fait valoir qu'il peut déjà être invoqué dans la jurisprudence comme dérivé du droit à la vie privée de l'art. 5^e, X de la Constitution fédérale, en tant qu'un principe composant le système brésilien de protection de la dignité humaine (§ 2^o : *La protection des données personnelles peut-elle s'intégrer au noyau essentiel du droit fondamental à la protection de la vie privée ?*).

§ 1^o L'état actuel de la protection des données personnelles en droit brésilien

Le droit à la protection de données n'est conçu que d'une manière éparsée et indirecte par la législation brésilienne. Il existe certaines références sur cette protection dans la Constitution Fédérale brésilienne, dans des législations civiles et dans le Code Pénal¹¹³⁰. Les lois se référant à la protection de données contre des attentats de l'État (A) semblent représenter un plus grand nombre que celles protégeant des données de particuliers contre l'intrusion d'autres particuliers (B).

A. Protection contre des actes de l'État attentatoires aux données personnelles

Contre les invasions de l'État jusqu'aux données de caractère personnel des citoyens, nous pouvons dénombrer pour les moins trois instruments constitutionnels. Le premier est l'article 5^o, XXXIII de la Constitution Fédérale, qui garantit à tous le droit de recevoir des organismes publics des informations qui les concernent particulièrement, ou d'intérêt collectif ou général, mises à part celles dont le secret est indispensable à la sécurité de la société ou de l'État (art. 5^o, XXXIII).

Ce droit a été réglementé par le § 3^o de l'art.23 de la Loi n° 8.159/91, qui décide que l'accès à des documents secrets relatifs à l'honneur et à l'image de la personne sera limité pour un délai maximum de 100 (cent) ans, à partir de la date de sa production;

¹¹³⁰ Il n'est pas dans l'intérêt de cette étude de présenter la protection pénale des données personnelles en droit brésilien. Il vaut la peine, cependant, de mentionner certains dispositifs du code qui concernent la matière. Le type pénal 313-A (insertion de fausses données dans un système d'informations), ajouté par la Loi n° 9.983/00 au Code Pénal, sanctionne l'insertion de fausses données, d'altération ou d'exclusion inappropriée de données correctes dans les systèmes informatisés ou dans les banques de données de l'administration publique, dans le but d'obtenir un avantage indu pour soi-même ou pour autrui ou pour causer un dommage. Plus spécifiquement, les données personnelles sont encore protégées, dans le § 1^o-A de l'art.153 du CP. Ce dispositif incrimine la conduite de divulgation d'informations secrètes ou réservées, contenues ou non dans les systèmes d'information ou dans les banques de données de l'administration publique. Enfin, la subdivision I de l'art. 325 incrimine la conduite de celui qui permet ou facilite, contre responsabilité, le pourvoiement et le prêt d'un code ou pour un quelconque autre acte suspect, l'accès de personnes non-autorisées à des systèmes d'information ou banque de données de l'administration publique. En considérant que dans les registres publics on stocke des données personnelles de citoyens- des informations sur la santé, sur le patrimoine et sur les biens de l'individu, entre beaucoup d'autres- on vérifie que ces types d'infractions, encore qu'indirectement, protègent l'intégrité et le secret de ces mêmes données traitées par des systèmes informatisés ou des banques de données de l'administration publique.

et par le paragraphe unique de l'art.7° de la Loi n° 11.111/05, qui décide que des documents qui contiennent des informations relatives à l'intimité, à la vie privée, à l'honneur et à l'image de personnes auront un accès limité à la personne directement intéressée ou, s'il s'agit d'un mort ou d'un absent, à son épouse, aux ascendants ou aux descendants.

Bien qu'il y ait une réglementation sur la question de la disponibilité des données personnelles pour les propres titulaires, époux et parents ; on constate le manque d'actes normatifs qui traitent d'une obligation d'adoption de mesures et de méthodes de sécurité qui puissent garantir l'intégrité, l'authenticité et le secret de ces informations durant leur traitement, à l'exemple de la législation réalisée dans les pays de l'UE.

Le deuxième instrument est l'article 5°, subdivision LXXII, qui réglemente l'*habeas data*, action constitutionnelle qui peut être requise pour assurer la connaissance et la correction d'informations relatives à la personne sollicitante (art. 5°, LXXII). L'*habeas data* a été réglementé par la Loi n° 9.507, du 12 novembre 1997. Cette action constitutionnelle a un caractère civil, un contenu et un rite sommaire, ayant pour objet la protection du droit net et correct du requérant de connaître toutes les informations relatives à sa personne, les constantes d'enregistrements ou la banque de données d'organismes gouvernementaux ou de caractère public; en matière de rectification de données; et dans l'inscription dans ses registres écrits, sa contestation ou son explication sur une donnée véridique, mais justifiable ou dans l'attente d'une discussion judiciaire ou amicale, conformément aux décisions des subdivisions I, II et III de l'art.7°¹¹³¹.

Cependant, l'emploi de cette action constitutionnelle se trouve limité, dans la mesure où la requête exige, comme présupposé, la négation de la voie administrative, de manière qu'il n'existera concrètement pas d'intérêt de réagir à cette action s'il n'y a aucune résistance de l'organisme détenteur de l'information pour la réaliser, la rectifier ou pour effectuer l'inscription sollicitée. Cet accord est prévu à l'art. 8° de la loi, qui prévoit que la pétition initiale devra être instruite conjointement avec la preuve de la négative administrative.

Il faut remarquer que le *habeas data* peut être demandé même pour

¹¹³¹ « Art. 8° La pétition initiale, qui devra remplir les conditions des arts. 282 à 285 du Code de Procédure Civile, sera présentée en deux exemplaires, et les documents qui instruisent la première seront reproduits par une copie dans la seconde. Paragraphe unique. La pétition initiale devra être instruite accompagnée d'une preuve : I- du refus à l'accès aux informations ou d'une période de plus de dix jours sans décision ; II- du refus de faire la rectification ou de la période supérieure à quinze jours, sans décision; ou III- du refus de faire l'inscription à laquelle se réfère le § 2° de l'art. 4° ou de la période de plus de quinze jours sans décision. »

connaissance, rectification et inscription par rapport à certains documents classés secret pour garantir la sécurité de la société et de l'État. Même que l'accès à de tels documents puisse se limiter à un laps de temps de trente ans, prolongeable pour une période égale, on ne peut à priori pas en nier la connaissance au propre titulaire. Ainsi, l'exception du secret de l'État, prescrite dans la subdivision XXXIII, concerne en général des tiers, mais non nécessairement le titulaire des informations, à partir du moment où, au cas où les informations seraient avérées, probablement, le propre requérant de l'action constitutionnelle aurait déjà connaissance de leur sujet, de toute façon, au cas où elles seraient fausses, une telle rectification ne causerait aucun dommage à la sécurité sociale ou nationale.

Enfin, pour ce qui se réfère encore à la protection de l'individu contre des abus de l'État en matière de protection des données, nous pouvons mentionner, en troisième lieu, l'article 5^o, XII de la Constitution, qui protège la vie privée de l'individu des informations fiscales et bancaires, indépendamment du fait qu'elles soient ou non stockées dans des banques de données d'institutions financières, de la Recette Fédérale ou de tout autre organisme du pouvoir public¹¹³².

Quant à une restriction de ces droits (secret bancaire et fiscal), la propre constitution détermine qu'une violation de la confidentialité sera toujours possible quand il sera démontré la nécessité absolue de la mesure pour la préservation d'un autre droit fondamental ou d'une autre valeur constitutionnelle ; et dans la mesure où la décision sera prise par une autorité judiciaire ou par une commission parlementaire d'enquête¹¹³³.

La jurisprudence vient encore ajouter d'autres conditions à la violation du secret bancaire et fiscal. Quant à la décision judiciaire qui soutient la violation du secret, elle doit avoir des fondements solides et être contemporaine de l'acte contenant une telle détermination, pour que l'on puisse éviter la fouille déshonnête dans l'intimité des

¹¹³² Pour ce qui est du secret bancaire, celui-ci a été réglementé par la Loi Complémentaire n° 105, du 10 janvier 2001, et par le Décret n° 4.489, du 28 novembre 2002. Le secret fiscal est prévu dans l'art. 198 du Code Tributaire National institué par la Loi n° 5.172, du 15 octobre 1966- qui impose l'obligation de confidentialité aux agents du Fisc qui, en raison de leurs fonctions, pourraient avoir accès à des données sur les opérations et situations économiques des personnes et des entreprises qu'ils fiscalisent.

¹¹³³ Comme l'exprime l'autorisation du dispositif constitutionnel suivant : « Art. 58. Le Congrès National et ses dépendances auront des commissions permanentes et temporaires, constituées dans la forme et avec les attributions prévues dans le règlement respectif ou dans l'acte dont résultera sa création.[...] § 3^o - Les commissions parlementaires d'enquête, qui détiendront des pouvoirs d'investigation propres aux autorités judiciaires, en dehors de certains autres prévus dans les règlements des Administrations respectives, seront créées par la Chambre des Députés et par le Sénat Fédéral, conjointement ou séparément, en échange de la requête d'un tiers de ses membres, dans le but d'examiner le fait déterminé et dans un délai défini, leurs conclusions étant, si c'est le cas, remises au Ministère Public, pour qu'il prononce la Responsabilité civile ou criminelle des infracteurs. »

personnes. Par ailleurs on pointe comme condition à la restriction du secret bancaire et fiscal, l'exigence de l'individualisation de la personne enquêtée et de l'objet de l'investigation ; l'obligation de permanence du secret par rapport aux personnes étrangères au mode investigateur ; et l'utilisation limitée des données obtenues¹¹³⁴.

B. Protection contre des actions de particuliers qui attentent aux données personnelles

Dans la législation infra constitutionnelle, nous trouvons des règles applicables à la protection des données personnelles dans le Code de Protection et de Défense du Consommateur- CDC, approuvé par la Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990, qui semble avoir cherché l'inspiration dans les mêmes principes de protection des données personnelles construits dans le droit étranger.

L'énoncé de l'art. 43, par exemple, détermine que le consommateur aura accès non seulement aux informations existantes dans les archives, dans les fiches, dans les registres, mais également à toutes les données personnelles de consommation archivées et qui se réfèrent à ce consommateur, tout comme aux informations de ses sources respectives. Cette norme traduit le *devoir d'information*, qui oblige que des éclaircissements soient faits aux titulaires des données recueillies, pour permettre l'opportunité de rectification, un droit qui revient au titulaire, selon un principe exprimé dans la *Recommandation de l'OCDE de 1980*. Le même dispositif dispose aussi que des documents et des données de consommateurs doivent être objectifs, clairs, véridiques et être dans un langage de compréhension aisée, sans contenir des informations négatives dépassant la période de temps supérieure à cinq ans, pour éviter que le débiteur reste marqué indéfiniment par un fait passé. Ce dispositif se réfère au *devoir de loyauté* lors de la collecte des données, autre principe prévu dans la *Recommandation de l'OCDE de 1980*, réglementant en outre le dénommé droit à l'annulation_- aussi appelé droit à l'oubli- une garantie inscrite dans les législations les plus avancées en termes de protection des données personnelles.

Dans son § 2°, l'art. 43 précise que l'ouverture d'un fichier ou d'un registre

¹¹³⁴ Ces compléments sont fournis par la jurisprudence, comme on le voit, dans la jurisprudence. STF, MS n° 23452-RJ, Celso de Mello, 16/04/1999.

de données personnelles et de consommation devra être *communiqué par écrit au consommateur*, si elle n'est pas demandée par cette personne intéressée. Au cas où le rapport de consommation se soit établi à travers l'internet, on suggère d'appliquer ce même dispositif pour protéger les consommateurs par rapport à l'activité de la collecte désautorisée des données personnelles de ces mêmes titulaires, par l'utilisation de cookies par les entreprises.com, puisque ces dispositifs sont normalement installés de manière occulte dans les ordinateurs des internautes.

Finalement, le § 3^o de l'art. 43 garantit au consommateur le droit d'exiger une correction dans les registres où une inexactitude est constatée dans les données et les fichiers à leur sujet. Ce dispositif traduit le *principe de véracité* - dénommé également principe d'exactitude et actualisation des faits- une norme prévue dans la *Directive 95/46/CE*.

Si dans les relations de consommation il est possible d'observer une réglementation naissante sur le sujet, dans les relations de travail il n'y a aucune disposition juridique pour la protection des données personnelles des employés. Dans cet article, nous proposons que, malgré l'inexistence de lois spécifiques sur le sujet, il est possible que la jurisprudence utilise non seulement l'application des règles de la législation consumériste (principe de transparence, loyauté et sincérité, par exemple), en vertu de l'autorisation de l'art. 8^e du Code du travail brésilien, qui prévoit que, en l'absence d'une disposition légale, le juge doit se fier à des préceptes du droit commun, mais aussi de l'application de l'art. 5^e, X de la Constitution fédérale brésilienne, appliqué aux relations de travail, qui, en prévoyant le droit à la vie privée, doit être interprété à la lumière du contexte de la société de l'information, en tenant compte, devant une collision de principes, que son noyau essentiel consiste non seulement en la vie privée physique, mais aussi en protection des données personnelles.

§ 2^o La protection des données personnelles peut-elle s'intégrer au noyau essentiel du droit fondamental à la protection de la vie privée ?

On prétend qu'il est possible de trouver dans la Constitution elle-même des dispositifs qui sauvegardent la vie privée de particuliers face à des attentats provenant de

la conduite d'autres particuliers.

Il arrive que, une fois reconnue la dénommée efficacité horizontale des droits fondamentaux, les normes constitutionnelles de droits fondamentaux peuvent être appliquées de forme directe dans les rapports entre particuliers. Comme il a déjà été vérifié, la Constitution Fédérale dispose d'un certain nombre de normes de protection de la vie privée : elle prévoit l'inviolabilité de l'intimité, de la vie privée et de l'image des personnes (art. 5, X) ; et l'inviolabilité de la correspondance et des communications télégraphiques, des données et des communications téléphoniques (art. 5, XII).

Si on considère, dans le domaine de la protection de l'art. 5°, X le droit à la vie privée informationnelle, en dehors de la vie privée physique, de la vie privée du domicile et de la vie privée de correspondance, il est possible d'appliquer directement le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle dans les rapports entre particuliers.

En matière de droit international, le nouvel angle de la protection de la vie privée (la protection des données personnelles) a rapidement été incorporé par des documents de droit international face à cette nouvelle conjoncture. On rappelle, par exemple, qu'en matière de droits de l'homme, la CEDH a déjà référé que, malgré l'article 8 de la Convention ne mentionne pas un droit à l'autodétermination informative, « la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article [...]. La nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières. Le droit interne doit notamment assurer que ces données soient pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles soient conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées [...]. [II] doit aussi contenir des garanties de nature à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs¹¹³⁵. »

¹¹³⁵ CEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, arrêt (Grande Chambre), 4/12/2018, § 103).

En matière de droits fondamentaux et de droits de la personnalité (droits nationaux), le droit à la vie privé s'est aussi adapté aux avancés techniques. Dans un premier temps préoccupés par l'action de l'état dans la violation du droit à la vie privée des citoyens, l'opinion publique a mené devant le TCA le débat sur la loi - Loi sur le Recensement (*Volkszählungsgesetz*) de 1983 - qui visait à recueillir des données à des fins statistiques ; former une base de données pour une confrontation postérieure avec des informations existantes dans les registres publics ; et transmettre ces informations recueillies à d'autres entités publiques fédérales, étatiques et municipales. L'opinion publique a eu la crainte que ces informations fussent utilisées pour contrôler le comportement des citoyens, faisant appel à la Cour Constitutionnelle qui, dans sa décision, a considéré le besoin du respect de la personnalité face aux risques que l'informatique représente¹¹³⁶.

La Cour a déclaré nul le dispositif qui prévoyait la possibilité de transmission de données à d'autres entités, ainsi que celui qui autorisait l'interconnexion et la comparaison des informations collectées avec les registres déjà existants, déclarant l'inconstitutionnalité partielle de la Loi sur le Recensement. La décision a été fondée sur la reconnaissance du *Recht auf Informationelle Selbstbestimmung* ou le droit à l'autodétermination informative, à savoir, le droit qui est accordé à l'individu afin qu'il contrôle et protège des données personnelles - s'opposant à la collecte, au stockage, à la diffusion ou à tout un autre type de traitement sans restriction et non autorisé¹¹³⁷.

Cette décision est une étape importante dans l'étude de la conformation du droit à la vie privée. Auparavant vu comme une garantie de caractère négatif, c'est-à-dire, un manteau de protection contre l'ingérence d'autrui, le droit à la vie privée a été reconnu également comme une garantie de caractère positif, c'est-à-dire, qu'il s'est revêtu de la prérogative d'exiger de l'État de réaliser des actions positives afin de veiller à l'intégrité de l'intimité et de la vie privée.

Ainsi, en matière des droits de la personnalité et de droit constitutionnel, on a l'exemple du TCA, qui a interprété le droit fondamental à la vie privée prévue dans les articles 2.1 et 1.1 de la GG, en amplifiant sa protection face aux nouveaux risque arrivés avec la diffusion des TIC pour y inclure un nouvel aspect : celui de « garantir au sujet la

¹¹³⁶ José Adércio Sampaio, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, (Belo Horizonte: Del Rey, 1998), 476.

¹¹³⁷ BVerfGE 65,1.

capacité de décider par soi-même et quant à l'utilisation de ses données personnelles, c'est à dire, de décider quand et en quelles circonstances il se dispose à les connaître¹¹³⁸ ».

Dans le cadre d'une conception post-positiviste, les principes de la protection des données personnelles contenues dans la législation étrangère et dans le droit international, qu'ils soient présents ou non expressément dans les lois qui font partie du système de normes juridiques internes peuvent et doivent être utilisés comme source d'inspiration pour la jurisprudence brésilienne indépendamment du fait d'être explicitement présents ou non dans les normes de droit interne. Ils peuvent également servir de source d'inspiration au législateur qui, en les normalisant pourrait le contempler au cas où il considère qu'une telle prévision est nécessaire, de forme expresse dans des actes normatifs¹¹³⁹.

En tant que droit fondamental, le droit à la vie privée a commencé à recevoir une nouvelle classification : le droit à la prestation - dans la modalité « droit à l'organisation et à la procédure » - l'effective protection de la vie privée commença à dépendre d'une action positive du pouvoir public afin d'assurer la non-ingérence de tiers au moyen de la mise en place des mesures administratives et législatives, empêchant l'omission de l'état.

En fait, il a été constaté que, malgré la prédominance de la « dimension négative », l'efficacité du droit à la vie privée exige non seulement une abstention de l'état, mais également une action du pouvoir public afin d'assurer la non-ingérence d'une tierce partie dans l'intimité et la vie privée des autres personnes, c'est-à-dire, une action positive de l'état est exigée.

¹¹³⁸ Selon le TCA, « le droit à l'autodétermination informationnelle, qui serait le droit de voir ses données personnelles protégées. » Dans ce sens, le Tribunal a affirmé que c'est précisément pour sa protection (celle de la personne) que sert le droit général de la personnalité, garanti par l'article 2.1, en connexion avec l'article 1.1 GG, un droit qui, vus les développements modernes et face à de nouvelles menaces dont ils dérivent pour la personnalité, exige « une signification spéciale et que ce droit requiert, dans les conditions actuelles et futures de traitement automatique de données, des mesures spéciales de protection », car dès que l'on ne peut se rendre compte avec un minimum de sécurité quelles informations personnelles sont connues dans des secteurs déterminés de l'univers social, et que, d'une certaine manière, « on ne peut pas évaluer ce qu'ils peuvent connaître sur les gens, [le citoyen] peut se voir substantiellement empêché de décider ou d'agir sans autonomie ». Et il conclut : « est contraire au droit à l'autodétermination informationnelle un ordre social dont les normes juridiques ne disposent pas sur le droit de savoir qui, ou quoi, quand et en quelle circonstance les données de chaque citoyen sont connues. » BVerfGE 65,1.

¹¹³⁹ De plus, la CLT elle-même reconnaît qu'il est possible au juge de s'inspirer du droit comparé pour la livraison de la décision judiciaire. C'est l'interprétation de l'art. 8e de CLT, selon laquelle, en absence de dispositions légales ou contractuelles, il faut compter, pour la décision judiciaire, sur l'interprétation par « analogie, par l'équité et d'autres principes et normes générales de droit, surtout du droit du travail, et, encore, selon les coutumes et traditions, *le droit comparé*, mais toujours de façon qu'aucun intérêt de classe ou particulier ne l'emporte sur l'intérêt public. »

Ainsi, la protection des renseignements personnels en plus de se configurer comme étant un droit fondamental de caractéristique négative, peut également être classée comme une garantie institutionnelle (*Einrichtungsgarantien*) avec une forte dimension positive, demandant, pour sa mise en œuvre effective, la réglementation de l'activité de collecte et d'utilisation de données personnelles, en fixant aussi bien des limites que le devoir d'information et d'éclaircissements au titulaire des données ; ainsi que la création d'entités indépendantes chargées de la surveillance et du contrôle de cette activité, en particulier en ce qui concerne le traitement des données au moyen de systèmes informatiques.

Quoi qu'il en soit, des conditions matérielles doivent être mises en place pour que les citoyens ne deviennent pas de simples objets d'information dans le cadre du relevé et de la manipulation automatisée de données après l'incrément de la technologie de l'information. Même en tant que « droit à la prestation », le droit à la vie privée est également configuré comme étant un droit de protection, c'est-à-dire, il demande la protection de l'État contre toute ingérence induite de la part d'autres personnes ou d'autres États. Dans ce cas, l'agression vient d'un autre particulier, qui se trouve dans une situation de prépondérance ou d'exercice de pouvoir, l'État se devant de protéger la partie la plus fragile de la relation juridique, comme étant la seule manière de garantir l'efficacité du droit fondamental violé.

Dans la mesure où revient à l'État de garantir non seulement la non-ingérence de la part des pouvoirs publics dans le domaine de l'intimité et de la vie privée des citoyens, mais aussi où les autres personnes ne violeront pas ce précepte fondamental, le droit à la vie privée est configuré comme étant un droit de protection. Une fois une grave menace à la vie privée des citoyens identifiée, que ce soit en raison d'actes d'initiative privée, que ce soit venant d'autres États, il doit y avoir une intervention de l'État. En plus de mesures coercitives, il revient également à l'État d'agir de manière préventive en mettant en place des mesures administratives qui assurent la protection de la vie privée des citoyens. Dans ce cas, après avoir pesé les intérêts en conflit et pris en compte les contraintes financières, des actes normatifs de nature pénale, civile et administrative qui favorisent la protection de la vie privée pourront être édités.

Ainsi, il est clair que le droit brésilien, même en dehors des limites du travail, doit s'adapter à ce nouvel aspect de la protection de la vie privée afin d'assurer son efficacité. Il convient donc, en suivant la tendance du droit international et comparé,

d'intégrer au noyau de protection du droit fondamental à la vie privée de l'art. 5^e, X de la Constitution Fédérale brésilienne, le droit à l'autodétermination informationnelle.

En prenant en compte le fait que le droit de vivre en isolement, sans être soumis à une publicité non-désirée - essence de la notion de vie privée- est seulement possible, considérant les conditions du paradigme technologique de la société de l'information, si l'on reconnaît, comme attribut de la vie privée, la faculté d'être exclues de la connaissance de tiers les informations que le titulaire veut préserver pour lui-même. Nous proposons, alors, une redéfinition de la vie privée, qui serait dans ce cas comprise comme la faculté que détient chaque individu d'empêcher l'intromission d'inconnus dans sa vie privée et familiale, comme aussi pour leur barrer l'accès à des informations sur la vie privée de chacun d'eux, et d'empêcher aussi que soient divulguées des informations dans ce domaine sur la manifestation existentielle de l'être humain¹¹⁴⁰.

Ainsi, si l'on recherche un concept général, le droit à la vie privée serait un droit subjectif de chacun non seulement dans le but d'obliger les autres à respecter la sphère privée, mais aussi pour contrôler les informations à caractère personnel en résistant aux invasions indues prévenantes de tiers.

En effet, il y a, intrinsèquement, de la nature négative dans l'acte de protéger le titulaire des intromissions de tiers ; et, d'un autre côté, de la nature positive dans l'acte de permettre que le propre individu contrôle ce qui doit être connu et ce qui ne doit pas être connu des autres, expression de la liberté qui lui est inhérente.

Les éléments qui définissent la notion de vie privée, en conséquence, requièrent aussi une actualisation à la lumière des changements intervenus dans la société de l'information. En dehors des aspects du droit à l'intimité, du droit à la protection du domicile et du droit aux communications un quatrième élément doit être envisagé : une vie privée informationnelle qui prenne en compte la prérogative de protéger les informations sur une personne déterminée, comprenant non seulement celles en rapport avec sa sphère plus intime, mais également des données personnelles qui puissent conduire à l'identification du titulaire en question.

Le droit à la vie privée, dans sa dimension négative, offre au titulaire la faculté d'exiger de l'Etat et des autres particuliers une abstention d'intervention dans sa sphère

¹¹⁴⁰ Dans ce sens, Marcelo Pereira, qui, en complément, remarque que « le droit à l'intimité serait [...] le pouvoir qu'ont les gens de contrôler leurs informations personnelles, lesquelles, même si elles ne sont pas partie intégrante de la vie privée de celles-là, puissent révéler certains aspects de leur personnalité. » Marcelo Cardoso Pereira, *Direito à intimidade na internet*, (Curitiba: Juruá, 2004), 140.

juridique, c'est-à-dire, la prérogative d'imposer à des tiers le respect envers son intimité et sa vie privée. Quand il protège la sphère individuelle de l'individu contre les intromissions du pouvoir public et des autres citoyens, le droit à la vie privée assume le rôle d'un typique droit de défense - expression du statut négatif. Malgré l'évidence de cette dimension négative, on perçoit que l'efficacité du droit à la vie privée requiert non seulement une abstention de l'Etat, mais également un agissement du pouvoir public pour garantir la non intromission de tiers dans l'intimité et dans la vie privée d'autrui, en d'autres termes, on exige une action positive de l'Etat, l'expression du statut positif et des droits à la prestation.

On relève la constatation que l'efficacité du droit à la vie privée - en particulier le droit à la vie privée informationnelle, appelé aussi droit à l'autodétermination informative - dépend d'un acte positif de la part de l'Etat, c'est-à-dire, le pouvoir public a le devoir de mettre en oeuvre des mesures administratives et législatives nécessaires à la concrétisation de ce droit fondamental, si l'on considère le manque de transparence dans le traitement de données personnelles à partir de l'avènement de la technologie de l'information.

Dans cette perspective, le droit à la vie privée se classe comme un droit à la prestation et impose à l'Etat le devoir d'exécuter des procédés nécessaires à la sauvegarde des informations personnelles soumises à n'importe quel type de traitement tout comme la désignation ou la création d'un organisme responsable d'une constante révision et perfectionnement de ces procédés applicables aussi bien au secteur public qu'au privé (« droit à l'organisation et au procédé »). Également comme droit à la prestation, le droit à la vie privée exige que le pouvoir public adopte des mesures favorisant l'augmentation de la vie privée, en protégeant les citoyens contre les intromissions provenant d'autres particuliers ou d'Etats étrangers dans le contexte de la société de l'information (droit de protection). Il faut en conséquence, créer un organe indépendant de fiscalisation du contrôle des données personnelles pour tous les citoyens.

La fragilité du droit à la vie privée informationnelle au droit à l'autodétermination informative face aux modernes moyens technologiques utilisés pour fin de collecte, stockage et interconnexion de données personnelles nous impose une réglementation de cette garantie d'une législation spécifique, pour qu'on établisse un ensemble de normes prévoyant les principes applicables au traitement de données personnelles ; la garantie des droits aux titulaires des informations; les mesures et procédés de sécurité nécessaires pour la préservation de l'intégrité, l'authenticité et le

secret des données; ; les sanctions applicables pour désobéissance aux règlements ; et d'autres mesures également importantes pour la préservation de l'intimité et de la vie privée des titulaires des informations. Les principes et les droits et obligations concernant la protection des données personnelles doivent, en conséquence, composer le noyau essentiel du droit fondamental à la vie privé.

À partir de cette prémisse, on veut proposer des limites à l'exercice du pouvoir de contrôle électronique à la lumière du droit à la vie privée sur l'aspect de la protection des données personnelles.

Section II : Limites de l'autodétermination informationnelle à l'exercice des pouvoirs de l'employeur

Sur le contexte de la société de l'information et son impact sur la vie privée et le pouvoir de contrôle électronique de l'employeur, il est entendu que le droit à l'autodétermination informationnelle devient une partie intégrante du noyau essentiel du droit fondamental à la vie privée prévu à l'art. 5^e, X de la Constitution fédérale, qui sera également classé comme un droit d'organisation et de procédure, en venant à mériter une action de l'État dans sa protection.

Il est donc proposé trois principaux fronts de mesures visant à la protection du droit fondamental à la vie privée face à la société de l'information dans le droit brésilien, en adoptant des mesures légales (§ 1^o : *Limitation par des mesures législatives*); des mesure administratives (§ 2^o : *Limitations par des mesures administratives*) et des mesures législatives et mesures jurisprudentielles (§ 3^o : *Limitations par des mesures judiciaires*).

§ 1^o Limitation par des mesures législatives

Est-ce que la collecte et l'utilisation des informations personnelles de l'employé méritent au Brésil une réglementation propre, spécialement adaptée au secteur

des relations de travail subordonné ? Cette question présuppose généralement qu'il existe déjà un cadre réglementaire multiple pour les données personnelles. L'enjeu serait alors une question de spécialisation, justifiée par la nécessité de mieux adapter la protection au secteur.

Certains auteurs se sont posé cette question. Si au début des discussions sur le thème, il y avait des opinions contraires à la nécessité d'une réglementation spécifique pour la protection des données personnelles dans les rapports de travail subordonné¹¹⁴¹, à partir des années 1990, les études se sont inclinées pour admettre qu'il y a des particularités indéniables concernant la protection des données personnelles dans les rapports de travail et que pour ce motif, une telle réglementation sectorielle serait nécessaire pour apporter des réponses adéquates à des problèmes sectoriels dans un cas comme dans un autre¹¹⁴².

En effet, il est clair à nos jours qu'intégrer ces aspects dans un programme de protection des données personnelles propre à l'emploi dans le cadre d'une proposition réglementaire plus large peut augmenter la probabilité que le processus d'équilibrage entre des intérêts concurrents aboutisse à des solutions plus rationnelles et plus acceptables¹¹⁴³.

Au Brésil, il n'existe toujours pas de cadre réglementaire général ni de culture établie de valorisation de la protection de la vie privée. Cependant, il existe déjà un mouvement pour régler le problème. Au moins deux initiatives devraient être mentionnées. La première est un projet préparé par le ministère de la Justice du Brésil en 2010. La seconde est PL no. 4.060 de 2012, une initiative du député brésilien Milton Monti, présenté en séance plénière de la Chambre des Députés du Brésil le 13 juin 2012 et actuellement en cours. Quant à l'avant-projet du ministère de la Justice, il n'a pas encore été présenté dans aucune des législatures.

¹¹⁴¹ Freedman cite dans ce sens le juriste allemand Wolfgang Zöllner, qui, au milieu des années 1980, en tenant compte du cadre normatif et doctrinal allemand de l'époque, a soutenu que le cadre juridique général de la protection des données personnelles et de ses multiples règles de couverture étaient capable d'offrir en principe une protection adéquate, puisque le secteur de l'emploi serait également régi par les règles de protection du droit du travail. Mark Freedland, *Data protection and employment in the European Union : an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States* (Oxford : Oxford, 1999), 18.

¹¹⁴² C'est le cas, par exemple de l'oeuvre de Simitis, qui a examiné la question du point de vue du droit européen et du droit allemand, en estimant. Spiros Simitis, "Developments in the protection of workers' personal data," in *Protection of personal data* (Genève : Labor Law Office, 1991), 551.

¹¹⁴³ Dans ce sens, et de Mark Freedland, *Data protection and employment in the European Union : an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*, 18..

On peut comprendre qu'il soit en synchronie avec les aspects les plus pertinents déjà consolidés dans le cadre de protection internationale. Le système qu'il établit couvre largement le trépied de protection évoqué ci-dessus et le traitement des données personnelles des salariés entrerait dans le champ d'application de ses règles (article 2 et article 3). Quant au PL no. 4.060 de 2012, son libellé actuel ne prévoit pas de système de protection cohérent pour les conseils relatifs aux trépieds de protection des données (conditions claires pour la collecte et l'utilisation, obligations cohérentes de gestion et de transparence pour le responsable du traitement et normes pour l'exercice des droits relatifs à l'autodétermination). Selon l'art. 6, les données personnelles des employés seraient en dehors de leur domaine d'application.

Le projet s'intéresse davantage à la régulation des problématiques commerciales des contrôleurs de données et ne semble pas être en synchronie avec le souci premier de la protection des données personnelles dans le discours international, à savoir la protection des personnes et de ses droits fondamentaux. En tout cas, en maintenant l'exclusion de l'art. 6, ce projet de loi n'aurait visiblement aucun impact sur le secteur des relations de travail subordonnés.

Comme les pratiques sectorielles ici sont alignées avec les tendances mondiales, la protection des données personnelles de l'employé s'avère être un problème névralgique dans nos relations de travail. Il est possible que le cadre réglementaire actuel et les traditions sociales, politiques et juridiques brésiliennes nous empêchent d'identifier ce qui est en jeu dans les conflits d'intérêts impliquant la collecte et l'utilisation d'informations personnelles. En ce qui concerne la question de savoir si la réglementation sectorielle serait le meilleur moyen de les résoudre au Brésil, cela implique une évaluation de plusieurs facteurs, y compris la nécessité d'un cadre réglementaire antérieur.

Ainsi, on propose des restrictions à l'exercice du pouvoir de contrôle électronique de l'employeur, en protégeant le droit à la vie privée des travailleurs, à mettre en œuvre par la voie législative. Les relations de travail subordonné, ont toujours eu inhérent à elles l'exercice de surveillance et de contrôle par l'employeur, un fait qui, avec la subordination et le personnalisme caractéristique de cette relation, a apporté le débat juridique qui a conduit à l'autonomie scientifique même du droit du travail.

En fait, les contractualistes, lors de la conception de la base juridique de ces pouvoirs dans l'élément de subordination affecté au contrat de travail – soit par la loi, directement ou indirectement, et les faits qui caractérisent la relation de travail – on dû définir son exercice, afin qu'elle puisse tomber dans les limites du droit privé, à défaut de

revenir à la résolution de la problématique des pouvoirs du travail présentée par les conceptions institutionnalistes radicales ou de nier le caractère scientifique même de la CLT. De plus, ces limites ont le pouvoir de définir la réglementation des relations de travail au sein des paramètres démocratiques.

On a vu aussi qu'au Brésil ces limites ne sont pas présentes dans la loi. Afin d'assurer la scientificité au droit du travail brésilien et de maintenir fermement l'esprit démocratique de la Constitution de 1988, c'est la jurisprudence qui construit le système de délimitation du pouvoir de travail. Ainsi, dans chaque cas, on utilise le système de protection de la personnalité (des travailleurs) du Code civil ou – en se basant sur la philosophie post-positiviste, qui reconnaît l'efficacité horizontale des droits fondamentaux – les normes constitutionnelles, en les appliquant directement aux relations de travail à travers la technique de la pondération de principes.

Bien que le modèle ne soit pas parfait à cause du fait qu'il apporte une forte incertitude juridique, il a l'avantage de permettre une plus grande flexibilité que les procédures légales n'ont pas et les lignes directrices peuvent être plus facilement modifiées en cas de crises économiques – fréquentes dans la réalité brésilienne – en face des innovations technologiques qui peuvent influencer sur la réalité du travail¹¹⁴⁴.

En dépit de ne pas être l'objet de ce travail l'examen des aspects positifs et négatifs du moyen par lequel le droit du travail brésilien vaut à la limitation des pouvoirs de travail - dans ce cas, le moyen judiciaire au détriment du moyen légal – on considère que important que l'Etat agisse également par des mesures législatives qui complètent la performance des mesures en caractère administratives, imposant certaines limites au traitement des données personnelles des travailleurs, et en donnant à leurs détenteurs un niveau de protection plus élevé face à de nouvelles ressources technologiques.

Aujourd'hui, ce modèle de réglementation du droit à l'autodétermination informationnelle par une loi spécifique a déjà été incorporé par de nombreux pays à travers le monde¹¹⁴⁵. Ainsi, alors qu'il résulte de la prévision légale de protection à la vie privée de l'art. 5e, X de la Constitution Fédérale et de l'art. 20 du Code civil, sans exigence de prévision expresse pour qu'elle retrouve l'application jurisprudentielle, il ne fait pas de doute que la préparation d'une mesure législative - de nature constitutionnelle ou non

¹¹⁴⁴ Jean-Emmanuel Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, (Paris : Editions Liaisons, 2001), 335.

¹¹⁴⁵ Pablo A Palazzi, *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad : Argentina, América Latina, Estados Unidos e la Unión Europea*, (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2002), 39-42. Fait référence à ce phénomène comme la « globalisation de solutions de la vie privée. ».

- aurait le pouvoir d'apporter une plus grande sécurité juridique, ainsi que de démontrer que le droit brésilien est confronté à l'ère des technologies de l'information - cette nouvelle phase de développement politique, social et économique de la société de l'information.

Ainsi, on soutient le besoin de l'édition de loi, afin d'établir un ensemble de normes concernant la protection des données personnelles. Cette loi devrait imposer à l'Etat l'obligation de créer des hypothèses factuelles sur l'efficacité du droit à la vie privée informationnelle, c'est-à-dire, mettre en œuvre les mesures administratives nécessaires à la protection des données personnelles dans les secteurs public et privé, et prévoient aussi les aspects suivants : (a) principes applicables au traitement des données personnelles ; (b) devoirs des responsables du traitement des données personnelles par le biais de leurs employés, agents ou représentants ; (c) droits consacrés aux titulaires de données personnelles, parmi lesquels le droit à la non soumission à la décision individuelle automatisée¹¹⁴⁶, droit à l'information, droit d'opposition, droit d'accès et droit à l'effacement ; (d) mécanismes procéduriers pour l'exercice des droits conférés ; (e) des procédures spéciales de sécurité lors du traitement des données sensibles ; (f) des sanctions administratives, civiles et pénales à cause du non respect des dispositifs y étant établis ; (g) limites à la surveillance électronique d'état, étant donné que l'image est aussi une donnée personnelle ; (h) limite à l'interconnexion de données personnelles entre les différents organismes publics ; (i) responsabilité de la diffusion, commercialisation ou tout autre type de traitement non autorisé par la personne concernée ; et, surtout, (j) nécessité d'établir les limites au pouvoir de contrôle électronique de l'employeur et à l'exercice du pouvoir de disposer des données des salariés en général.

Une loi sur la protection des données personnelles dans le cadre des relations de travail subordonné peut également indiquer clairement que l'accès aux renseignements personnels devrait toujours être restreint. Cette indication est appropriée, d'autant plus que l'on sait qu'une grande partie de cette information peut maintenant être obtenue à partir de sources extérieures, c'est-à-dire qu'elle ne provient pas de la personne à qui elle se réfère. L'accès à de telles informations est en principe gratuit et, en théorie, les

¹¹⁴⁶ « Le droit à la non soumission à la décision individuelle automatisée donne à la personne concernée le droit de ne pas être soumis à une décision qui produise des effets dans sa sphère juridique, comme, par exemple, le refus de crédit basé uniquement sur un traitement automatisé des données. La décision peut être prise sur la base d'un traitement automatisé de données, à condition que le titulaire puisse s'exprimer. » Catarina S. Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, (Coimbra: Almedina, 2005), 251-252.

employeurs ou les agences d'emploi, en utilisant de telles sources, exerceraient la liberté générale d'obtenir et utiliser des informations non expressément contrôlées.

La loi pourrait avoir comme un de ses effets l'établissement de limites, créant des zones par rapport auxquelles ce transit déréglementé ne serait pas possible. La loi peut également aider à abandonner la vision binaire de la vie privée, en reconnaissant les situations qui, bien qu'exposées publiquement, seraient couvertes par la protection de la vie privée. L'un des piliers du trépied sur lequel est basé le cadre de protection des données personnelles est la tâche de la personne responsable pour le stockage des informations. Le spectre de ces fonctions est très large, allant des systèmes de sécurité des données stockées et le contrôle de leur accès jusqu'aux opérations de transmission interne, le temps de stockage des informations et les moyens de rejeter les informations, entre autres aspects.

Une loi sur le thème pourrait aussi assurer cohérence, rationalité, symétrie, transparence et sécurité juridique dans l'accomplissement de ces tâches, permettre une certaine « standardisation » dans les conduites attendues de ceux qui ont la responsabilité de conserver les données personnelles des employés ou des candidats et établir des sanctions dans le cas de non-respect. Le même raisonnement s'applique à l'exercice des droits directement liés à l'accès et au contrôle des renseignements personnels par les employés ou leurs représentants.

Bien que la loi ne résolve pas tous les problèmes, elle peut mener à une culture plus adaptée aux multiples problèmes liés à l'accès et à l'utilisation des renseignements personnels des employés dans les relations de travail. Elle peut s'allier, par exemple, avec ce que les auteurs américains appellent le « pouvoir de l'architecture¹¹⁴⁷ » dans la conception et les options offertes par les technologies disponibles, les rendant plus compatibles avec les exigences de respect de la vie privée et de la dignité de la personne du travailleur.

§ 2^o Limitation par des mesures administratives

¹¹⁴⁷ Daniel Solove, *The future of reputation : gossip, rumor and privacy on the internet*, (New haven, London : Yale University, 2007), 200.

Depuis la dite première génération de lois de protection des données personnelles, la création d'organismes de surveillance du contrôle des données est un concept utilisé par les pays européens, ayant été améliorés, par exemple, à partir de la décision proférée dans le « cas du recensement¹¹⁴⁸ », par le fait que le Cour a conféré un statut constitutionnel - et d'indépendance - à *l'Agence de Protection des Données Personnelles*, en soulignant que son existence était nécessaire et indispensable à la surveillance et au contrôle du traitement des données personnelles et à la protection de la vie privée des citoyens¹¹⁴⁹. De plus, dans le cadre du travail, les états européens disposent d'un organisme spécifique pour superviser le contrôle des données personnelles des employés par les employeurs.

Afin de garantir l'efficacité du droit fondamental à la vie privée au Brésil, il est donc essentiel que soit créé un organisme de cette nature (A) et des mécanismes analogues à ceux du milieu du travail (B).

A. Création d'organismes pour surveiller et contrôler le traitement des données personnelles dans le secteur public et privé

Tous les pays européens aujourd'hui disposent d'une agence, d'une commission ou, pour le moins, d'un département, dans les gouvernements, responsable de la protection des données personnelles et du contrôle de l'application de la Directive,

¹¹⁴⁸ VerfGE 65, 1.

¹¹⁴⁹ Nous pouvons citer aussi, parmi les pays européens, la « Commission Nationale de l'informatique et des libertés », en France ; l' « *Agencia de protección de datos* », en Espagne ; dans le cas du Portugal, il y a la « *Comissão Nacional de Protecção de dados* » ; en Italie il y a la « *Garante per la protezione dei dati personali* ». En Amérique Latine, les uniques pays ayant créé une autorité indépendante dans un modèle reconnu adéquat par l'Union Européenne sont l'Argentine (« *Dirección Nacional de protección de datos personales* ») et l'Uruguay (« *Unidad reguladora y de control de datos personales* »). En Colombie, ce rôle est attribué à la « *Superintendencia de Industria y Comercio* » ; au Mexique, ils ont el « *Instituto federal de acceso a la información y protección de datos* » ; et au Costa Rica ils ont l' « *Agencia de protección de datos de los habitantes* ».

conformément aux dispositions de l'art. 28 du même acte normatif¹¹⁵⁰, bien que leurs attributions varient d'un pays à l'autre¹¹⁵¹.

Ils exercent des fonctions consultatives, de décision administrative, d'enquête, de sanction, de représentation internationale, de formation et d'éclaircissement¹¹⁵².

Au Brésil, par conséquent, pour mettre en vigueur le droit fondamental à la vie privée - dans le sens de l'autodétermination informative - il faut souligner, dans le processus administratif, le besoin de création d'une entité ou la désignation d'un organisme déjà existant pour la tâche de superviser et de contrôler le traitement des données personnelles dans le secteur public et dans le secteur privé. Il faut souligner l'importance de donner une indépendance fonctionnelle à cette agence, commission ou

¹¹⁵⁰ « Article 28 Autorité de contrôle 1. Chaque État membre établira qu'une ou plusieurs autorités publiques sont responsables de la surveillance de l'application sur son territoire des dispositions adoptées par les États membres dans les termes de la présente directive. Ces autorités exerceront en toute indépendance les fonctions qui leur sont assignées. 2. Chaque État membre établira que les autorités de contrôle seront consultées au moment de l'élaboration de mesures réglementaires ou administratives relatives à la protection des droits et des libertés des personnes à l'égard du traitement des données personnelles. 3. Chaque autorité disposera, notamment: - de pouvoirs d'enquête, tels que le pouvoir d'accès aux données objet du traitement et de recueillir toutes les informations nécessaires à l'exercice de ses fonctions de contrôle; - de pouvoirs effectifs d'intervention, tels que, par exemple, de formuler des opinions avant l'exécution correcte de ces opinions, celui d'ordonner le blocage, l'effacement ou la destruction des données, ou d'interdire temporairement ou définitivement le traitement, ou d'envoyer un avertissement ou une admonestation au responsable du traitement ou de renvoyer l'affaire aux parlements nationaux ou à d'autres institutions politiques; - le pouvoir d'engager des poursuites judiciaires en cas de violation des dispositions nationales adoptées dans les termes de la présente directive ou de porter ces violations à la connaissance des autorités judiciaires. Les décisions de l'autorité de contrôle qui lèsent les intérêts sont passibles de recours juridictionnel. (...). 6. Chaque autorité de contrôle est compétente, quel que soit le droit national applicable au traitement en question pour l'exercice sur le territoire de son État membre des pouvoirs qui lui ont été attribués conformément au n° 3. Chaque autorité de contrôle peut être appelée à exercer ses pouvoirs par une autre autorité de l'État membre. Les autorités de contrôle coopéreront entre elles dans la mesure où cela sera nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, notamment en échangeant toutes et quelconques informations utiles. 7. Les États membres détermineront que les membres et les agents des autorités de contrôle soient tenus, même après la cessation de leurs activités, au secret professionnel en ce qui concerne les informations confidentielles auxquelles ils ont eu accès. »

¹¹⁵¹ On cite, par exemple, en France : la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de France, une autorité administrative indépendante créée par la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 (modifiée le 6 août 2004), qui est chargée de veiller à ce que l'informatique soit au service du citoyen et qu'elle ne porte atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'Homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques. Elle exerce ses missions conformément à la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée le 6 août 2004.

¹¹⁵² En ce sens, Catarina S. Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, 323-328, qui met en évidence ses attributions, en général, parmi lesquelles « contrôler et surveiller le respect des dispositions légales et réglementaires relatives à la protection des données personnelles; exercer des pouvoirs d'autorité, que ce soit en ordonnant le blocage, l'effacement ou la destruction des données, que ce soit en interdisant temporairement ou définitivement le traitement de données personnelles; avertir ou censurer publiquement le responsable du traitement des données personnelles, en raison du non-respect des dispositions légales; intervenir dans les affaires judiciaires sur les traitements de données personnelles; informer le Ministère Public sur toutes possibles infractions pénales dans ce domaine; garantir les droits relatifs à la protection des données personnelles. »

département - selon le nom qui lui est donné - par rapport aux autres organismes gouvernementaux et entités réglementées.

Cet organisme doit exercer des fonctions consultatives, de décision administrative, de recherche, de sanctions, de représentation internationale, de formation et d'éclaircissement – en assurant l'impartialité de ses délibérations. Parmi les diverses autres mesures administratives appropriées, on souligne la nécessité de : (a) la sensibilisation de la population - en particulier des enfants, des personnes âgées et des adolescents - des risques inhérents à la perquisition de ses données personnelles, en encourageant l'utilisation plus responsable de nouveaux dispositifs technologiques ; (b) le développement des applications et des systèmes informatiques qui préservent la vie privée des utilisateurs ; (c) favoriser des technologies de liberté telles que le cryptage utilisé pour garantir le secret du contenu des communications ; (d) la protection des bases de données et des systèmes informatiques publics, en empêchant l'accès par des personnes non autorisées ; (e) formation des fonctionnaires qui, pour l'exécution des fonctions, postes ou activités, sont dédiés au traitement des données personnelles; (f) structuration interne - au sein de chaque organisme public – d'un système de contrôle du traitement des données personnelles ; (g) la mise en œuvre des mécanismes plus efficaces pour exercer le droit d'accès à ses propres données personnelles contenues dans les bases de données et des systèmes informatiques publics ; (h) investissements dans le domaine de la sécurité de l'information; (i) définition des procédures de sécurité pour les services de gouvernement électronique; (j) création des organismes gouvernementaux - dans l'exercice de leurs pouvoirs - aux principes relatifs à la protection des données personnelles décrites dans le point précédent; (k) mise en place de procédures administratives disciplinaires pour le non-respect des normes de sécurité et des principes concernant la protection des données personnelles; (l) réglementation de l'interconnexion des informations stockées dans de différentes bases de données publiques¹¹⁵³.

Enfin, les mesures administratives inscrites ne représentent qu'une référence à suivre par le pouvoir public. Elles correspondent à une obligation de l'Etat de mettre en œuvre les hypothèses factuelles nécessaires à l'exercice effectif du droit à la vie privée devant les risques et les menaces de la société de l'information. Elles se réfèrent donc, à la mise en œuvre des conditions matérielles pour que les citoyens soient libérés de la simple condition d'« objet » de l'information du pouvoir public et du secteur privé - dans

¹¹⁵³ Catarina S. Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, 323-328.

le cadre d'un traitement automatisé des données personnelles avec la croissance de la technologie de l'information.

B. Participation des entités représentatives des travailleurs

En plus d'être soumis à un contrôle par l'autorité administrative indépendante allant créée, il est essentiel pour la préservation de la vie privée des travailleurs, conformément à la bonne foi contractuelle elle-même, qu'il existe une procédure de soumission auprès des organismes qui aient une représentation des travailleurs qui puisse les approuver, ou au moins sur lequel elle puisse émettre un avis et être au courant de la façon par laquelle l'employeur contrôle les travailleurs.

Dans les pays étudiés, dont l'avis de cette entité représentative est contraignant, c'est-à-dire, l'installation de moyens de commande électronique n'est possible que si elle l'autorise, comme c'est le cas en Allemagne et en Italie, dont il n'y a pas de lien, mais respecte la fonction d'information de sorte que l'entité connaisse les moyens utilisés pour la surveillance – et peut, si elle l'estime abusive, par exemple, avoir recours aux tribunaux du travail pour résoudre le conflit.

En droit allemand, il y a une obligation de cogestion, à condition qu'il n'y ait pas de norme légale ou conventionnelle sur le sujet, lorsqu'il se produit « l'introduction ou de l'application des mécanismes techniques qui soient déterminés pour surveiller la conduite ou prestation de l'employé¹¹⁵⁴ ». Ainsi, on prévoit un droit de cogestion dans le cas de l'enregistrement électronique des données de travailleurs individualisés ou de son traitement par des ressources informatiques, donc les départements de ressources humaines perdraient le droit exclusif de décider de la commodité de l'enregistrement et au traitement des données, ainsi que l'introduction et l'application des installations techniques qui servent de contrôle et de surveillance des travailleurs, et peuvent également rejeter certaines formes d'application de la technologie, il y a donc ainsi un accès au contrôle de la technologie par la cogestion, même si seulement lorsque ce mécanisme sert objectivement et immédiatement pour contrôler les travailleurs, quelle

¹¹⁵⁴ Dans ce sens, Daubler, *Derecho del trabajo*, 222-223.

que soit l'intention de l'employeur d'utiliser ou non ce contrôle lorsqu'il s'agit de sa mise en oeuvre¹¹⁵⁵.

En Italie, l'article 4ème du *Statuto dei Lavoratori* interdit l'utilisation de systèmes audiovisuels ou électroniques pour surveiller l'activité du travail des travailleurs, sauf s'il y a des conditions pour que l'instrument normatif lui-même les en présente, à condition que la négociation collective avec le syndicat l'approuve¹¹⁵⁶. Donc, il y a participation de l'organe représentatif des travailleurs - le syndicat - de sorte que l'employeur puisse utiliser certains instruments électroniques pour surveiller la performance de ses employés, car il est essentiel qu'il soit approuvé par la négociation collective afin d'être mis en œuvre.

En droit espagnol, nous pouvons citer l'art. 64, 1, 4, d de l'*Estatuto de los Trabajadores* donne aux représentants des travailleurs certains droits en ce qui concerne les mesures entrepreneuriales de contrôle et de surveillance qui peuvent agir comme une garantie supplémentaire des droits des travailleurs et constituer une limite procédurale à son adoption. Cette obligation de l'employeur doit être préalable à la mise en œuvre de la mesure, cette antériorité découle du principe de bonne foi. La norme fait référence à la mise en œuvre ou à la révision des systèmes¹¹⁵⁷, ce qui semble limiter l'exigence procédurale à l'adoption permanente de mécanismes de contrôle de caractère général, qui laisse de côté les mesures de contrôle ponctuelles adoptées dans un but concret et temporel¹¹⁵⁸.

Cette information aux représentants des employés, bien qu'obligatoire, n'est pas contraignante, c'est-à-dire qu'elle ne touche pas au pouvoir de prise de décision de l'employeur qui pourra être exercé même contre l'avis des représentants des travailleurs, fixant la loi un délai de quinze jours pour l'émission de l'avis, la fin duquel l'employeur peut décider de l'adoption de sa décision sans satisfaire l'exigence, conformément à l'art. 64, 2, de l'ET. Malgré la rare virtualité de cette information préalable et de l'effet de

¹¹⁵⁵ Sur la figure de la cogestion en droit allemand, voir Wolfgang Dauber, *Derecho del trabajo*, (Madrid : Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994), 463 et suiv.

¹¹⁵⁶ Sur le sujet, Pietro Zanelli, *Nuove tecnologie : legge e contrattazione collettiva*, (Milano : Giuffrè, 1993), 30-31.

¹¹⁵⁷ Par système, on doit comprendre n'importe quel moyen ou mécanisme de surveillance pour obtenir systématiquement assez d'informations pour satisfaire la vérification du comportement observé par rapport aux normes établies au départ. Dans ce sens, Daniel Martínez Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, (CES : Madrid, 2002), 162.

¹¹⁵⁸ Dans ce sens, Martínez Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 162, en défendant qu'il n'intègre pas le concept de système d'adoption de mesures ponctuelles ou déconnectées les unes des autres qui limitent la connaissance sur l'activité observée.

l'avis, sa demande est obligatoire pour l'employeur et s'il ne la fait pas, la décision est nulle, violant encore les droits de consultation des travailleurs¹¹⁵⁹.

Dans le droit français, on exige également, au Code du travail, l'information et la consultation préalable du comité d'entreprise¹¹⁶⁰ à chaque fois qu'une nouvelle technologie est introduite, à condition qu'elle puisse avoir un impact sur l'emploi, les qualifications, la rémunération, la formation et les conditions de travail des travailleurs. Ainsi, la consultation doit être réalisée, tel qu'en droit espagnol, préalablement à l'introduction de ces technologies, bien qu'elle n'ait pas un caractère contraignant¹¹⁶¹.

Dans le droit portugais, l'art. 425 prévoit, pour la mise en oeuvre des équipements de contrôle, « l'obligation de consulter le comité de travailleurs » en ce qui concerne le caractère contraignant de l'avis du comité sur sa possibilité, bien que la doctrine portugaise diffère¹¹⁶², la jurisprudence considère que, même face à l'avis négatif, l'employeur peut utiliser des instruments de contrôle, à condition de respecter la formalité de la consultation, comme cela se produit en droit espagnol et français, et contrairement à ce qui se passe en Allemagne et en Italie¹¹⁶³.

Ainsi, indispensable à l'efficacité du droit fondamental à la vie privée dans la société de l'information, est la performance dans la voie administrative, par la création d'un organisme indépendant chargé de surveiller le contrôle des données fait par l'Etat et par des particuliers, ainsi qu'en matière de travail, en plus du contrôle réalisé par l'entité indépendante, qu'il y ait aussi une procédure permettant la validation et la connaissance des entités représentantes des travailleurs des moyens électroniques à être employés par les entreprises pour contrôler l'activité du travail.

¹¹⁵⁹ La doctrine espagnole attire l'attention sur le fait que les travailleurs doivent être garantis, lorsque l'émission d'un avis, d'être conseillés par des professionnels qui possèdent des connaissances spécialisées qui permettent à une compréhension systématique sur leurs effets sur les droits fondamentaux des travailleurs à l'exécution correcte de cette forme d'intervention qui arrivent à comprendre complètement les conséquences qui puisse représenter pour les travailleurs une certaine forme particulière de contrôle. Voir, dans ce sens, Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, 105-106.

¹¹⁶⁰ Le comité d'entreprise est, en France l'une des institutions représentatives du personnel au sein d'une entreprise. Le *comité d'entreprise* et les *comités d'établissement* sont institués par l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 mai 1946 dans toutes les entreprises de 50 salariés et plus ; il détient des attributions à la fois sociales et économiques. La composition du comité d'entreprise est tripartite : D'abord, le chef d'entreprise, qui occupe de droit la place de président du comité d'entreprise. Il fixe l'ordre du jour avec le secrétaire du comité d'entreprise et convoque nominativement ses membres lors des réunions du syndicat ; ensuite, les représentants du personnel, titulaires et suppléants, élus par les salariés ; enfin, les représentants des syndicats.

¹¹⁶¹ Agatha Lepage, *Les droits de la personnalité*, (Paris : Dalloz, 2007), 132.

¹¹⁶² Sur la divergence doctrinale, vérifiez Maria Raquel Rei, *Esfera privada e cessação da situação jurídica laboral*, (Lisboa: Universidade de Lisboa, 1994), 19-20.

¹¹⁶³ Dans ce sens, STJ III19962439, 16/10/1996, (arrêt de la Cour suprême de justice du Portugal).

§ 3^o Limitation par la jurisprudence

La jurisprudence est la source plus importante en termes de limitation de l'exercice du pouvoir de l'employeur face aux libertés des salariés en droit brésilien. En effet, même dans l'absence de lois, la jurisprudence peut agir en appliquant l'art. 5, X de la Constitution de manière à conférer l'efficacité au droit fondamental à la vie privée, en prenant conscience de ses mutations dans le droit à l'autodétermination informative face aux changements factuels de la société de l'information¹¹⁶⁴.

Ainsi, face à la collision, on doit appliquer la technique de la pondération en prenant en compte la question de la protection de données personnelles du travailleur - et pas seulement la vie privée physique dans le jugement de proportionnalité pour composer le noyau essentiel du droit fondamental à la vie privée.

Dans une conception post-positiviste, les principes de protection aux données personnelles contenus dans la législation internationale et étrangère qu'ils soient ou non présents expressément dans les dispositives légales du droit interne brésilien, peuvent et doivent être utilisés comme inspiration pour la jurisprudence dans la construction du noyau essentiel du droit à la vie privée, si on considère qu'ils structurent pleinement, l'ossature axiologique de la protection de données personnelles, sa reconnaissance étant essentielle pour l'efficacité du droit à la vie privée face aux avancées de la technologie de la communication et de l'information.

On rappelle qu'en matière de droits de l'homme, la CEDH a déjà référé que malgré le fait que l'article 8 de la Convention ne dispose pas expressément sur le droit à la protection de données, elle « joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale¹¹⁶⁵ » En matière de droits de la personnalité et de droit constitutionnel (droits nationaux), on a l'exemple du TCA, qui a interprété le droit fondamental à la vie privée prévu dans les articles 2.1 et 1.1 de la GG, en amplifiant sa protection face aux nouveaux risques arrivés avec la diffusion des TIC pour y inclure un

¹¹⁶⁴ Dans ce contexte, les leçons de Bonavides au sujet de la force normative des principes méritent d'être considérés. Selon l'auteur, la juridicité des principes est passé par trois phases distinctes : la jusnaturaliste, la positiviste et la post-positiviste. Dans la phase jusnaturaliste, les principes assurent une normativité quasiment nulle, étant conçus seulement en tant qu'axiomes juridiques au normes établies pour remplir les lacunes de normes, formant un ensemble de vérités objectives venant des lois divines et humaines. Dans la seconde phase, appelée positiviste au just-positiviste, les principes ont acquis une certaine force normative. Dans la troisième période, les principes assument une ample normativité, composant des obligations lorsqu'elles sont reconnues et déclarées par la jurisprudence, même quand elles ne se trouvent pas expressément inscrites dans des textes de loi. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 267-271.

¹¹⁶⁵ CEDH, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4/12/2018, § 103.

nouvel aspect : celui de *garantir au sujet la capacité de décider par soi-même et quant à l'utilisation de ses données personnelles, c'est à dire, de décider quand et en quelles circonstances il se dispose à les connaître*¹¹⁶⁶.

Il est donc proposé, en tenant compte des principes de protection des données construits à partir des expériences étrangères, dans les documents de droit internationaux et dans les dispositions des droit nationaux, une forme de limitation pour chacune des principales formes d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur exercé par l'utilisation des NTIC, afin de ne pas ignorer l'aspect de l'autodétermination informationnelle contenu dans le noyau essentiel du droit à la vie privée. De telles mesures peuvent être assimilées, on le répète, autant par la loi que par la jurisprudence par le mécanisme de pondération au cas par cas devant l'application de la technique de pondération.

On propose, par conséquent, des mesures limitant le pouvoir de contrôle de l'employeur par l'utilisation de matériel audiovisuel et de surveillance électronique (A) et du contrôle du courrier électronique de l'employé (B), des thèmes, comme on a vu, de plus grande récurrence chez ceux qui sont soumis à l'examen de la jurisprudence brésilienne sur le sujet. Aussi bien dans le contrôle par des équipements audiovisuels et de surveillance électronique en général que dans le contrôle du courrier électronique on doit observer, d'abord, le principe de la bonne foi dans la collecte et le traitement des données personnelles comme un principe de la responsabilité objective. Le non-respect de l'une de ces limites à imposer par la loi ou la jurisprudence peut donc donner lieu à l'octroi du paiement par l'employeur d'une indemnité à l'employé dont le droit à l'autodétermination informationnelle a été violé.

¹¹⁶⁶ Selon le TCA, « le droit à l'autodétermination informationnelle, qui serait le droit de voir ses données personnelles protégées. Dans ce sens, le Tribunal a affirmé que c'est précisément pour sa protection (celle de la personne) que sert le droit général de la personnalité, garanti par l'article 2.1, en connexion avec l'article 1.1 GG, un droit qui, vus les développements modernes et face à de nouvelles menaces dont ils dérivent pour la personnalité, exige une signification spéciale et que ce droit requiert, dans les conditions actuelles et futures de traitement automatique de données, des mesures spéciales de protection", car dès que l'on ne peut se rendre compte avec un minimum de sécurité quelles informations personnelles sont connues dans des secteurs déterminés de l'univers social, et que , d'une certaine manière, on ne peut pas évaluer ce qu'ils peuvent connaître sur les gens, [le citoyen] peut se voir substantiellement empêché de décider ou d'agir sans autonomie. Et il conclut : est contraire au droit à l'autodétermination informationnelle un ordre social dont les normes juridiques ne disposent pas sur le droit de savoir qui, ou quoi, quand et en quelle circonstance les données de chaque citoyen sont connues. » BVerfGE 65,1.

A. Contrôle par l'utilisation de mécanismes audiovisuels et par des mécanismes de surveillance électronique en général

Données personnelles sont un enregistrement d'un fait, concept, élément ou attribution sur une personne physique quelconque identifiée ou identifiable. Elle sera identifiable lorsqu'elle peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale. Ainsi, l'image, le son ou même les informations sur les travailleurs capturés par les TIC comme des caméras vidéo ou des programmes informatiques, par exemple, sont considérés comme des données personnelles.

Pour l'analyse des limites au pouvoir électronique de l'employeur dans les médias audiovisuels et de surveillance électronique on propose d'adopter, comme point de départ, la distinction entre la décision d'installer les dispositifs de contrôle et leur application par l'employeur dans la mesure où on soutient que la protection efficace des données personnelles couvre deux zones temporelles de protection¹¹⁶⁷.

Ainsi, il y a un temps avant l'adoption de dispositifs de contrôle au cours duquel l'employé a le droit de connaître la mesure dans laquelle ses droits fondamentaux seront affectés par des mesures de contrôle prises par l'employeur et donc de prendre la décision qui soit la plus appropriée pour ses intérêts. Et un autre temps, après l'installation de ces systèmes, dans lequel, à partir de la prémisse de l'information nécessaire à l'employé et la légalité et la légitimité de ces systèmes, où il s'agit de préserver le droit de contrôler l'utilisation et la circulation des informations obtenues.

Comme on a déjà dit plus haut, la faculté de contrôle électronique de l'employeur est encadrée dans le droit à l'autodétermination informationnelle. Il est donc recommandé que ce soient ses principes qui doivent acquérir la pertinence lors de l'établissement des règles et des limites légales à l'installation et l'utilisation de ces systèmes de contrôle audiovisuel et de surveillance électronique en général.

¹¹⁶⁷ En ce même sens, José L. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, (Pamplona : Aranzadi, 2007), 105-106.

Ainsi, soit la possibilité d'adopter de tels systèmes (1),¹¹⁶⁸ soit la légalité de son utilisation (2) dépendront de l'évaluation à faire des exigences pour le traitement des données personnelles ainsi que pour le respect de ces systèmes par le droit à la dignité humaine.

1) *Limitation à l'installation d'équipements*

En ce qui concerne la phase du choix du système audiovisuel, on doit respecter, d'abord, le *principe de finalité légitime*, ce qui exige l'adoption d'un but légitime justifiant l'installation de ces systèmes de contrôle ; et, d'autre part, le *principe de la proportionnalité*, ce qui implique la possibilité d'utiliser uniquement ces systèmes en dernier recours ; et, enfin, le *principe de la transparence*, qui vise à garantir au travailleur le pouvoir d'avoir ses propres données personnelles d'image et de son¹¹⁶⁹.

i. Principe de finalité légitime

Le principe de finalité légitime est prévu dans l'art. 6^e, n° 1, b de la Directive 95/46/CE et dans l'art. 5.3 du Recueil de 1997 de l'OIT (Organisation internationale du travail). Le principe informe que les données personnelles ne peuvent être collectées que quand il y a certaines raisons, explicites et légitimes, indiquant que les données personnelles des travailleurs ne peuvent être traitées que si elles respectent ces hypothèses, et il est essentiel de définir précisément ces fins¹¹⁷⁰.

Ainsi, dans l'examen de pondération devant la collision entre les droits fondamentaux, les restrictions au droit à la vie privée des travailleurs doivent respecter ce principe, à savoir, bien qu'il existe des restrictions, elles doivent toujours être justifiées par la nature de l'activité et être proportionnées à la finalité prétendue¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ José L. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, 91.

¹¹⁶⁹ Pointent dans ce même sens, Amelia Torrice, "Il diritto alla riservatezza del lavoratore e la disciplina contenuta nell' codice sulla protezione dei dati personali", *D&L – Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, (2005) : 325.

¹¹⁷⁰ Vérifiez Jean-Emmanuel Ray, "Avant-propos de la sub/ordination à la sub/organisation", in *DS*, 1 (2002):9.

¹¹⁷¹ Jean Savatier, "La liberté dans le travail", dans *Droit Social*, 1 (1990) : 55.

Compte tenu de tout cela, le but doit être défini de manière aussi précise que possible, parce que seulement sa spécification détaillée peut prouver la proportionnalité des données enregistrées et permettre d'évaluer la légitimité des autres opérations effectuées avec ceux-là.

Ainsi, le principe du but vise à prévenir l'intention de l'employeur de convertir le contrat de travail dans une unité de collecte de renseignements personnels sur les employés qui permette l'établissement de profils. On a l'intention d'éviter une sorte d'« abdication de l'homme en faveur de la propriété cognitive et la prise de décision de l'ordinateur¹¹⁷² ».

Par le principe de finalité légitime, en règle générale, on doit interdire le contrôle de l'activité du travailleur par des médias audiovisuels, soit de façon permanente ou occasionnelle, et on doit le permettre seulement sur des objectifs légitimes. On propose comme but légitime d'utilisation du système de surveillance vidéo celui utilisé par l'exigence de « sécurité des personnes et des biens ou par des exigences particulières inhérentes à la nature de l'activité¹¹⁷³ ».

Quant à l'exigence de « sécurité des personnes et des biens », la doctrine du travail semble conclure que la prévention des risques pour la sécurité des travailleurs constitue un intérêt de l'employeur concerné, en défendant ainsi la possibilité d'adopter des mesures de surveillance par caméras à cet effet dans le lieu de travail, tels que les magasins de bijoux, les banques, les stations d'essence etc.

Cependant, on défend, à la suite de la mise en place du Groupe de la protection des données de l'art. 29^e de la Directive européenne sur la protection des données (Avis n° 4/2004), que les images collectées exclusivement pour protéger la propriété ou

¹¹⁷² Giovanni Butarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza - la privacy nella società dell'informazione - commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, n° 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale*, (Milano : Giuffrè Editore, 1997), 139.

¹¹⁷³ Ils se réfèrent aux exigences de sécurité des personnes et des biens ou par des exigences particulières inhérentes à la nature de l'activité comme permissives de l'utilisation des moyens audiovisuels de contrôle. Dans le droit allemand, Wolfgang Daubler, *Derecho del trabajo*, 629; en droit espagnol, Ágel Arias Dominguez et Francisco Rubio Sánchez, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, (Thompson Aranzadi, Navarra, 2006), 147, qui donne comme exemples les banques et autres établissements de crédit; en droit français, on peut citer Marie-Noelle Mornet, *La preuve par vidéosurveillance*, (Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004), 116 ; et Sylvain Lefèbvre, *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, (Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-em-Provence, 1998). 91; en droit italien, voir Alessandro Bellavista, "La tutela di dati personali nel rapporto di lavoro Codice dei dati personali" *Codice dei dati personali*, (2004) : 430; en droit portugais, Amadeu Guerra, *A privacidade no local de trabalho : as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, as alterações do Código do Trabalho*, (Coimbra: Almedina, 2004), 363.

détecter, prévenir et combattre les infractions graves ne doivent pas être utilisées pour accuser les travailleurs d'infractions disciplinaires mineures¹¹⁷⁴.

ii. Principe de la proportionnalité : occurrence nécessaire d'intérêt pertinent de l'employeur

Ce principe détermine que le traitement des données à caractère personnel doit être adéquat, pertinent et non excessif aux fins pour lesquelles les données sont collectées. Ainsi, la surveillance faite par voie électronique doit être utilisée lorsqu'il n'y a pas d'alternative moins restrictive et moins intrusive pour la vie privée des travailleurs pour arriver à satisfaire l'intérêt de l'employeur.

Il est entendu que dans le cas du contrôle et de la surveillance exercés par l'employeur, l'exigence de la nécessité d'utiliser ce contrôle exige, pour qu'elle soit considérée comme remplie, certains éléments de preuve sur le caractère de nécessité réelle de recourir à cette forme de surveillance, dans le sens qu'il n'y ait pas d'autre moyen de contrôler qui puisse satisfaire ce même but et qui soit moins intrusif pour la personne concernée afin de ne pas capturer des images ou des sons.

La surveillance électronique sera donc excessive lorsque d'autres mécanismes moins intrusifs pour la vie privée des travailleurs permettront d'atteindre les mêmes objectifs de manière efficiente. En outre, la proportionnalité exige qu'il y ait une intrusion minimale et on doit choisir le système d'enregistrement impliquant l'absorption plus faible possible par rapport au but légitime qui a justifié son adoption. Dans certains cas, par exemple, un système qui permet uniquement la visualisation sans la nécessité d'enregistrer des images sera suffisant. D'autre part, utiliser un enregistrement sonore ne sera pas nécessaire si l'enregistrement simple d'images aura déjà été suffisant pour répondre aux besoins des employés.

Ce principe détermine aussi qu'on fasse attention à l'emplacement des caméras et les modes d'enregistrement, ainsi que d'ajuster le champ visuel à l'objet désiré ou aux zones où ce type de contrôle est réellement nécessaire. En plus d'éviter leur

¹¹⁷⁴ Tel est le cas, par exemple, d'un jugement de la Cour d'Andalousie, en Espagne, cité par José L. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, (Pamplona : Aranzadi, 2007), 113, où le tribunal a dû évaluer l'enregistrement d'un travailleur qui a bu un verre de jus d'orange de l'entreprise. Selon l'auteur, le tribunal, après l'avis du Groupe de protection des données, ne devrait pas avoir apprécié la vidéo.

utilisation dans des « zones de non-travail », les caméras dirigées directement sur le visage de l'employé et même l'intensité temporelle de l'installation.

iii. Le principe de transparence

Toutes les législations relatives à la protection des données personnelles sont catégoriques sur le principe de la transparence¹¹⁷⁵. Il faut donc communiquer en détail aux travailleurs – et à leurs représentants, comme vu plus haut – au sujet du système de surveillance électronique, y compris l'identité du responsable pour le traitement et le but de la surveillance, ainsi que toute autre information nécessaire pour garantir un traitement équitable au sujet de la personne concernée.

Cependant, par l'analyse du droit comparé, il est possible d'identifier les exceptions à l'interdiction du contrôle caché. Le Répertoire même de l'OIT, au point 6.14.2 établit que dans certaines circonstances très exceptionnelles le contrôle secret pourrait être possible et acceptable seulement si cela est prévu dans la législation nationale ou s'il y a des motifs de soupçonner des pratiques d'activité illégale ou d'autres infractions graves, donnant comme exemple le cas du harcèlement sexuel, ce qui signifie que l'employeur seulement dans des situations très limitées pourra utiliser ce type de contrôle.

Quant aux exceptions à la règle d'interdiction du contrôle caché en droit allemand, les principes de protection des données (*Datenschutz*) ont été incorporés à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale de protection des données personnelles (*Bundesdatenschutzgesetz*). La Section 6b de cette loi traite de la prohibition du contrôle caché dans les zones d'accès public (*öffentlich zugänglicher Räume*)¹¹⁷⁶. La doctrine allemande comprend non seulement les routes, mais aussi l'environnement de travail en tant que « zone d'accès public¹¹⁷⁷ ». Selon cette compréhension, qui a prouvé prédominante, la grande nouveauté du § 6b du *Bundesdatenschutzgesetz* a été d'avoir interdit le contrôle secret dans des situations où il puisse générer une violation des droits de la personnalité.¹¹⁷⁸ Ainsi, le contrôle caché est généralement interdit à la fois sur les

¹¹⁷⁵ Comme les arts. 10 et 11 de la Directive 95/46/CE européenne des art. 3.2 et 6.14 du Recueil de l'OIT et de l'art. 29 de l'Avis 8/2001 du Groupe de protection des données de l'Union européenne.

¹¹⁷⁶ Wolfgang Daubler, *Derecho del trabajo*, (Madrid : Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994), 222-223.

¹¹⁷⁷ Daubler, *Derecho del trabajo*, 222-223.

¹¹⁷⁸ Daubler, *Derecho del trabajo*, 222-223.

voies publiques et dans l'environnement de travail, parce que les deux seraient dans le concept des zones d'accès public (*öffentlich zugänglicher Räume*) et le contrôle caché peut dans les deux cas générer une atteinte aux droits de la personnalité des personnes concernées¹¹⁷⁹. Cependant, cette compréhension de la doctrine considère comme exception l'interdiction du contrôle secret lorsque cela est le seul moyen de découvrir l'auteur d'actes illicites contractuels et de vols dans l'entreprise, en particulier dans des endroits comme la caisse¹¹⁸⁰.

Un cas paradigmatique dans la jurisprudence allemande sur l'interdiction du contrôle secret sur le lieu de travail a été celui jugé par le la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*) à propos de l'installation secrète de caméras vidéo dans la caisse d'un magasin de boissons quand il y avait un soupçon concret de soustraction de valeurs à cause de différences dans l'inventaire. Ces caméras ont enregistré pendant deux semaines et ont permis de détecter efficacement la soustraction de l'argent. Le tribunal a jugé que, en principe, ce type de contrôle est interdit, à moins d'être dû à certaines exigences. Tout d'abord, qu'il y ait un soupçon concret d'une action punissable ; qu'il n'y ait pas un moyen moins intrusif pour constater ce qui est illicite ; et que la mesure adoptée ne soit pas disproportionnée, avec une attention aux fins prévues. Dans ce cas, le TCA a compris que ces trois conditions ont été fixées et, par conséquent, le contrôle secret était valide, même si les travailleurs n'avaient pas été au courant¹¹⁸¹.

Ainsi l'interprétation que la jurisprudence et la doctrine ont été prêtes à *Bundesdatenschutzgesetz* sur le contrôle secret de l'employeur par des caméras est qu'en principe il est interdit (ainsi que le contrôle dans les domaines de l'accès au public prévu à la Section 6b de la loi) parce que c'est une violation des droits de la personnalité du travailleur. Toutefois, si trois conditions sont satisfaites, le contrôle caché peut être considéré comme légal : Ce sont (a) l'existence d'un soupçon concret de commission d'un acte illégal ; (b) l'impossibilité de recourir à d'autres moyens moins restrictifs pour prouver la pratique des soupçons, parce qu'il s'agirait d'une sorte d'état de nécessité ; et

¹¹⁷⁹ Daubler, *Derecho del trabajo*, 222-223.

¹¹⁸⁰ Daubler, *Derecho del trabajo*, 222-223.

¹¹⁸¹ Dans d'autres cas cités par Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do trabalho : relações Individuais de trabalho*, (Coimbra : Coimbra Ed., 2007), 328, le tribunal allemand a accepté le contrôle secret d'une nounou qui a été prise à voler des vêtements d'un bébé dans le lieu de travail et il a considéré comme un enregistrement légal un travailleur de finances filmé dans un casino en volant de l'argent. Dans les deux cas, les tribunaux ont estimé que les trois exigences (de soupçons concrets de la commission d'un acte illégal, l'impossibilité de recourir à d'autres moyens moins onéreux et la proportionnalité de la mesure aux fins prévues) ont été remplies, donc il n'y a pas eu violation des droits de la personnalité des travailleurs concernés.

(c) que soit constatée la proportionnalité de la mesure à l'objectif visé, sinon il y a une violation des droits de la personnalité de l'employé.

En Espagne, la Loi sur la protection des données (LOPD) a été créée pour régler dans le droit interne les dispositions de la Directive européenne. La loi s'applique aux données personnelles enregistrées dans tous les moyens qui les rendent susceptibles de traitement et toute forme d'utilisation ultérieure, soit par le secteur public ou le secteur privé¹¹⁸². En englobant expressément l'application sur l'enregistrement des données personnelles réalisées par le secteur privé, elle a donc soumis son application également au champ du travail.

À propos de l'obligation de divulgation au sujet de la collecte de données, la LOPD prévoit que ceux qui ont enregistré leurs données personnelles doivent être informés au préalable de façon expresse, précise et sans équivoque¹¹⁸³. Ainsi, dans le lieu de travail, l'employeur est également soumis à l'obligation d'information préalable aux travailleurs concernés par l'installation de caméras vidéo¹¹⁸⁴. On trouve donc en droit espagnol l'obligation en règle de divulgation d'enregistrement par caméra vidéo dans le lieu de travail.

Pour les exceptions à cette interdiction, la jurisprudence espagnole semble faire beaucoup d'interprétation très ouverte des dispositions légales, en se montrant plus souple que d'autres pays avec une autorisation excessive.

La jurisprudence constitutionnelle en est venue à accepter le contrôle secret dans certaines circonstances dans la décision n° 186-2000, dans laquelle le tribunal a accepté l'installation d'une caméra vidéo sans qu'on ait mis au courant du fait les travailleurs pour essayer de savoir pourquoi une caisse était toujours à la fin du jour avec une somme finale de valeurs de moins que les autres¹¹⁸⁵. Ainsi, dans ce cas, le circuit interne de télévision a filmé les trois caisses existantes dans la section et en conséquence les trois travailleurs ont été pris en flagrant délit de petits larcins. Le tribunal a jugé que

¹¹⁸² Art.1. Cette loi organique sera applicable aux données personnelles enregistrées sur des supports physiques, qui sont susceptibles au traitement et tous les modes ou utilisations ultérieures de ces données par les secteurs public et privé.

¹¹⁸³ Art. 5.1 Les personnes intéressées à demander des données personnelles devront être informées à l'avance de façon expresse, précise et sans ambiguïté.

¹¹⁸⁴ Avant même la promulgation de la LOPD, certains auteurs avaient déjà fait valoir cette obligation fondée sur le principe de la bonne foi contractuelle, comme cela est le cas de Fernández Villazón, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, (Aranzadi: Pamplona, 2003) ; (voir à José L. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, (Pamplona : Aranzadi, 2007), 126.

¹¹⁸⁵ Cette décision est référée dans Seni, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales* (Navarra : Thomson Civitasa, 2007), 121.

cette affaire a été remplie avec le principe de la proportionnalité par ses trois exigences : une telle mesure était susceptible d'atteindre l'objectif proposé (jugement d'idonéité). Il n'y avait pas d'autre mesure plus modérée qui évite l'utilisation de celle-ci, mais nocive du droit à la vie privée (jugement du besoin) et qui d'elle dérivait plus de bénéfices ou avantages pour l'intérêt général que des dommages sur d'autres biens ou valeurs contradictoires (jugement de proportionnalité).

La jurisprudence commune est en train d'accepter trop facilement la possibilité de contrôle caché, en l'acceptant comme une justification pour l'installation clandestine de ce type de moyen dans le but d'obtenir des preuves incriminables d'irrégularités possibles sans qu'on cherche à savoir si la satisfaction des intérêts ne pourrait pas être défendue d'une autre façon et sans être liée à la commission d'infractions pénales ou d'autres infractions.

En ce qui concerne l'interdiction du contrôle secret, en droit espagnol la doctrine est en train de comprendre que ce genre de contrôle est absolument interdit lorsque le travailleur l'ignore en raison de son droit subjectif à la vie privée¹¹⁸⁶.

Il y a cependant quelques situations exceptionnelles qui permettent de ne pas en informer à l'avance les représentants des travailleurs. Il est inacceptable que le principe de la bonne foi exige que l'employeur informe le salarié qu'il sera soumis à une surveillance lors de l'adoption de cette mesure précisément dans un but préventif, par crainte d'éventuelles violations des obligations contractuelles.

On peut accepter le contrôle caché seulement dans les cas de processus d'enquête sur des activités frauduleuses vérifiées dans l'entreprise et dans des situations de *extrema ratio* s'il y a des soupçons d'infractions contractuelles affectant les biens de pertinence constitutionnelle qui se sont produites au cours du développement de l'exécution du travail.

En droit français, même si on accepte normalement à ce niveau l'installation des systèmes de contrôle audiovisuels, on refuse son admission si elle est réalisée de façon cachée, sans préavis aux travailleurs ou en violant la règle exigeant la communication à leurs représentants¹¹⁸⁷. D'ailleurs, l'article L.1222-4 dispose qu' « aucune information

¹¹⁸⁶ L'interdiction absolue de ce type de contrôle émane du droit subjectif même des personnes à la vie privée. Les travailleurs ont, comme tout citoyen, le droit de ne pas être illégalement inspectés dans la vie privée et au respect de leur image dans les moments de leur vie privée et au-delà, comme l'a souligné l'art. 7^e 4 de la loi organique de protection des données », José L. Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador : un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, (Madrid : Civitas, 1988), 148.

¹¹⁸⁷ Pour tous on peut citer Agatha Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'internet, Responsabilité*, (Paris : Litec, 2002), 45.

concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance ».

L'une des décisions judiciaires les plus pertinentes a été le jugement de la Cour de Cassation du 20 novembre 1991, l'affaire Neócel. Dans ce jugement, une caméra de surveillance vidéo a été autorisée permettant de vérifier que le fonctionnaire de la caisse d'une boutique de chaussures dérobaît de l'argent. Le travailleur a été congédié et a contesté devant la cour le moyen de preuve utilisé. La Cour de Cassation a décidé que « si l'employeur a le droit de contrôler et surveiller l'activité des travailleurs lors de l'exécution de l'offre de travail, l'ensemble du dossier, quelles que soient les raisons, et les images ou mots réalisés sans sa connaissance, cela est un moyen de preuves illégal »¹¹⁸⁸. Dans ce cas, la caméra vidéo était cachée et avait été installée sans information préalable aux travailleurs¹¹⁸⁹.

Dans le droit italien, l'utilisation de ces moyens pour contrôler le travailleur, bien qu'en passant, doit être considérée comme illégitime, à l'exception de certains cas extrêmes, par exemple lorsque le contrôle caché est le seul moyen d'individualiser la responsabilité ou une activité délictueuse, et il est impossible d'utiliser toute autre forme de surveillance, ou quand celle-ci s'est montrée inefficace.

On peut donc résumer comme suit les limites des principes de finalité, proportionnalité et transparence qui affectent pour limiter la décision d'installer les équipements électroniques de contrôle de la performance du travail :

- Le but de l'utilisation de ces moyens de contrôle doit être pré-défini et informé ;
- Ils doivent être utilisés seulement pour la sécurité des personnes et des biens ou pour la prévention des risques pour la sécurité des travailleurs ;
- Ils doivent être utilisés seulement s'il n'y a pas d'autre moyen moins dommageable d'obtenir les mêmes résultats ;

¹¹⁸⁸ Soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. V, n° 519.

¹¹⁸⁹ Sur le sujet, Ray conclut que « s'agissant de contrôles des connections internet sur son propre réseau interne, l'employeur doit sous peine d'inopposabilité respecter entre autres l'article L.1222-4. Mais cette mise en garde une fois effectuée (par exemple, double-clic), les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier hors de sa présence, l'inscription d'un site ne conférant aucun caractère personnel (CS 9 février 2010). » Jean-Emmanuel Ray, "Facebook, le salarié et l'employeur", Droit Social 2 (2011) : 131.

- Ils doivent être utilisés de la manière la moins nuisible, en ne stockant pas les données enregistrées lorsqu'elles ne sont pas nécessaires ;
- En cas de caméras vidéo et audio, ils ne doivent pas être placés sur des lieux de non-travail tels que les salles de bains, cafétérias etc. ;
- Dans le cas des caméras audiovisuelles, elles doivent être positionnées de telle sorte à rendre adéquat le champ visuel en fonction de l'objectif souhaité ou dans des zones où ce type de contrôle est réellement nécessaire ;
- Les données doivent être collectées exclusivement pour protéger la propriété ou détecter, prévenir et combattre des infractions graves et ne doivent pas être utilisées comme preuve pour accuser les travailleurs d'infractions disciplinaires mineures ;
- Les employés doivent être bien informés de tous les moyens de contrôle électronique utilisés, ainsi que de leurs buts et du responsable du contrôle des données ;
- On ne peut pas, en règle générale, opérer un contrôle étant caché, qui ne devrait être autorisé que pour violation grave qu'on soupçonne fortement et sa constatation ne peut pas, en aucune façon, être réalisée par une autre forme de contrôle.

2) Limitation à l'utilisation des équipements

Après l'adoption du système audiovisuel considéré comme valide pour le respect des principes de finalité, proportionnalité et transparence, d'autres liés à l'utilisation de ces instruments doivent être respectés, à savoir, la portée qu'il y aura d'avoir son traitement autorisé. On doit alors mesurer quels sont les principes nécessaires à la bonne exécution des activités de surveillance vidéo, comme le principe de ne pas faire le traitement des données confidentielles (i) ; le principe de la véracité (ii) ; le principe de la compatibilité avec l'objectif déclaré (iii) ; le principe de la caducité (iv) ; et le principe de la confidentialité (v).

Ces principes sont très pertinents compte tenu de la grande capacité de stockage et de la perte inévitable du contexte dans lequel elles ont été collectées qui

offrent de nouvelles technologies et permettent leur utilisation dans un domaine totalement différent qui n'a aucun rapport avec l'objet de référence d'origine. En fait, la technologie informatique et le traitement des données personnelles qui lui est associé permet la reconstruction complète du comportement d'une personne et fournit au responsable du traitement beaucoup d'informations qui parfois ne correspondent pas exactement à la réalité. L'inexactitude de ces informations peut dépendre non seulement de sa condition erronée mais aussi du fait que les données sont incomplètes, car en dehors du contexte.

i. Principe de non traitement de données confidentielles

Les données personnelles peuvent être classées en trois espèces : *non confidentielles* ; *confidentielles* ; et *de traitement interdit*¹¹⁹⁰. Les *données non confidentielles* appartiennent au premier cercle de la théorie allemande des sphères (*Sphärentheorie*), correspondant à la sphère privée de son titulaire, nommée *Privatsphäre* par les allemands. Les *données confidentielles* appartiennent au deuxième cercle, appelé *Intimsphäre*, incluant les valeurs relatives au domaine de l'intimité ou d'une sphère confidentielle, dont l'accès est plus restreint. Les données *de traitement interdit* appartiennent au cercle du secret – *Geheimsphäre* dans la théorie allemande – qui comprennent les manifestations spirituelles des personnes caractéristiques de la vie intime *stricto sensu*.

Les *données non confidentielles* peuvent être collectées et stockées sans le consentement écrit préalable de leur titulaire ou leur représentant, en exemplifiant par le prénom, le nom, le sexe, l'état matrimonial et d'autres. Les *données confidentielles* – une fois qu'elles se réfèrent aux aspects les plus intimes de l'individu comme, par exemple, l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, la santé ou la vie sexuelle de l'individu – exigent l'autorisation écrite préalable du titulaire ou de son représentant pour être traitées¹¹⁹¹.

En se référant au traitement des données confidentielles des employés dans l'exercice du pouvoir de contrôle électronique de l'employeur, le Recueil de l'OIT

¹¹⁹⁰ Dans ce sens, Boillat ; Kjaerum, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 181-182

¹¹⁹¹ Antonio Jeová Santos, *Dano moral na internet*, (São Paulo: Método, 2001), 194.

suggère son interdiction¹¹⁹². Certaines données sont tellement étrangères au domaine de l'emploi, si indiscretes ou si discriminatoires, qu'elles ne devraient pas être collectées. Ainsi, il est entendu que, en l'absence de loi permissive, le stockage et le traitement des données confidentielles des employés doivent être considérés comme interdits, en les permettant seulement pour des données non confidentielles.

ii. Principe de la véracité des données : l'aptitude de traitement avec le but désiré

Bien qu'ils puissent effectuer le traitement des données personnelles (non confidentielles) par le principe de la véracité, ils ne peuvent pas inclure des données qui soient étrangères au but qui a été autorisé.

Le principe de l'adéquation signifie que les données traitées ne peuvent pas être excessives par rapport à leur objectif, ce qui impose une obligation de minimisation des données par le responsable de leur traitement.

Il doit y avoir une certaine qualité des données qui sont identifiées avec l'adéquation et la pertinence, en comprenant comme tel un certain degré de collecte et stockage des données, et non excessif par rapport à l'objectif visé. Le mot adéquation est plus lié à certains aspects téléologiques de la correspondance entre les données et le but du traitement, alors que la pertinence exige que les données recueillies ne soient pas excessives, compte tenu de l'objectif qui a justifié leur traitement et qui soient idoines pour satisfaire à ce but.

Il faut définir les circonstances personnelles dans lesquelles on peut recueillir les informations parce qu'il y a des cas où, si bien qu'on sache quel est le but pour lequel on collecte des données et qu'on permette son traitement, des informations sont demandées qui ont peu ou pas de rapport avec le but recherché, ce qui produit ainsi des écarts injustifiés dans le traitement des données. Pour éviter ce résultat, il doit y avoir un lien clair entre les données recueillies et l'utilisation pour laquelle il a été fait, et sont pertinentes seulement les données qui sont nécessaires pour atteindre les buts désirés.

Ainsi, le traitement des données par l'employeur ne sera légal que s'il y a une correspondance entre l'activité de contrôle et le but pour lequel il a été adopté. Et on ne

¹¹⁹² En référant à la Recommandation n° 171 sur les services de santé au travail, 1985 de l'OIT.

peut pas permettre à l'employeur de saisir plus de données que celles qui seront en mesure de remplir l'objectif qui a été autorisé au moment de l'installation.

On doit répondre à ces deux exigences, car les données inexactes ou incomplètes au sujet de l'employé constituent un risque de dommage à sa situation juridique, dans la mesure où l'employeur, en fonction de cela, pourra prendre des décisions au détriment de l'employé.

iii. Principe de la compatibilité avec l'objectif déclaré

Le traitement ultérieur par l'employeur des données obtenues grâce à des systèmes audiovisuels et de surveillance électronique est soumis au principe de la compatibilité avec la finalité recherchée initialement¹¹⁹³.

Ce principe établit la prohibition à l'employeur de tirer profit de ce type de données pour une utilisation originale différente des fins pour lesquelles elles ont été acceptées et impose une limitation majeure au pouvoir électronique de l'employeur, dans la mesure où il ne peut pas faire un usage libre des informations recueillies. En plus d'être prévu dans le Répertoire de l'OIT¹¹⁹⁴, ce principe est inscrit dans plusieurs normes de droit interne de divers pays¹¹⁹⁵.

Ainsi, afin de garantir le droit à l'autodétermination informationnelle des travailleurs et la capacité de contrôler les informations qui soient obtenues à leur sujet, il est nécessaire de limiter la collecte et le traitement aux fins pour lesquelles elles ont été acceptées et qui sont connues des travailleurs.

Le problème qui se pose est de savoir ce qu'on entend par des fins incompatibles, pour lequel il est suggéré d'utiliser ce qui est défini dans la

¹¹⁹³ C'est ce qui résulte, par exemple, de l'art.5.3 du Répertoire de l'OIT.

¹¹⁹⁴ Art. 5.2 et 5.3 du Répertoire de l'OIT.

¹¹⁹⁵ Dans le droit allemand, le § 6 n° 3 interdit le traitement ultérieur des données, sauf dans certaines circonstances relatives à la sécurité publique ou pour la découverte de crimes. Daubler, 634, dans le droit espagnol, l'art. 4^e, 2 de la LOPD, établit ce principe, et il est considéré par la doctrine comme de grande importance pour éviter que les informations soient transférées librement et utilisées à n'importe quel fin, indépendamment du but qui leur a donné naissance. Daniel Martinez Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, (CES: Madrid, 2002), 122, dans le droit français, la doctrine aussi défend ce principe, Cynthia Chassigneux, *Vie privée et commerce électronique*, (Les Éditions Thémis, Montréal, 2004), 160 ; Isabelle Béalcazar, *Droit du Travail et nouvelles technologies – collecte des données Internet cybersurveillance télétravail*, (Paris: Gualiano éditeur, 2003), 92 ; Nathalie Métalinos, "Maîtriser le risque Information et Libertés – la mise en place du correspondant à la protection des données personnelles", *Droit Social*, 2004;(4): 379. En Italie, défend Alessandro Bellavista, "Il poteri dell'imprenditore e la privacy del lavorate", DL, 2002;(3): 174 ; Giovanni Butarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, 57.

Recommandation R (89) n 2 du Conseil de l'Europe, qui entend qu'il n'y a pas d'incompatibilité lorsque le but distinct de celui d'origine apporte un avantage pour les travailleurs.

Bien qu'il existe des auteurs qui affirment qu'on ne peut pas utiliser les informations obtenues à des fins disciplinaires, une fois que cette pratique constitue un abus des droits et inculque aux travailleurs une « crainte révérencielle » afin de porter atteinte à leur liberté et dignité¹¹⁹⁶, la plupart défend que l'utilisation à des fins disciplinaires est possible, à condition que ce soit l'*ultima ratio*.

iv. Principe de la caducité

Il faut également respecter le principe de caducité, car après avoir légalement installé un système de surveillance électronique, si la conservation des données ne constitue pas une mesure indispensable pour atteindre l'objectif prévu, l'employeur ne doit pas conserver les données des travailleurs.

La justification pour cette règle est liée à la possibilité de violation des droits des travailleurs toujours *ad eternum*, en ce qu'on puisse adopter des décisions d'après celles-ci au détriment des travailleurs¹¹⁹⁷.

Il est entendu que lorsque celles-ci sont des données relatives à la commission d'infractions graves, il est toutefois possible de les stocker jusqu'à la fin de la prescription de l'infraction.

Quant au maintien des données par l'employeur après la fin du contrat de travail, bien que certains auteurs préconisent qu'elles devraient être immédiatement annulées,¹¹⁹⁸ il est préférable ici d'adopter la position qu'il ne doit pas nécessairement promouvoir l'annulation des données immédiatement après la résiliation du contrat.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁶ Comme attesté par le juriste espagnol José Luis Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador – un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, (Civitas : Madrid, 1988), 145-149.

¹¹⁹⁷ Le Recueil entend accorder une attention particulière au stockage informatisé des données personnelles à cause des dangers qui en découlent : le fichier informatique peut être incomplet, l'utilisation de mots-clés pour caractériser les données personnelles peut être trompeuse et il y a la possibilité de transférer certaines données d'un fichier à un autre.

¹¹⁹⁸ Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador – un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 172.

¹¹⁹⁹ Orlando Gomes et Elson Gottschalk, *Curso de direito do trabalho*, (Rio de Janeiro: Forense, 1968), 332.

Et cela parce que l'employeur a intérêt à conserver les données jusqu'à ce que le délai de prescription soit écoulé pour prouver un manque grave, par exemple, en dehors du fait que, souvent, le stockage des données peut être bénéfique pour l'employé lui-même. On ne peut pas donner une réponse uniforme par rapport au temps de rétention des données¹²⁰⁰. Certes, cela doit répondre à cette formule, dans chaque cas, en observant la finalité désirée.

v. Principe de la confidentialité

Par le *principe de la confidentialité*, l'employeur est responsable de la confidentialité des données stockées et traitées. La divulgation à des tiers, y compris à d'autres organismes gouvernementaux sans l'autorisation du titulaire des données en question implique la violation de ce principe et aussi du principe de loyauté ou de bonne foi, à moins que cette procédure ne soit nécessaire pour la préservation d'autres valeurs constitutionnelles considérées prépondérantes en ce qui concerne la vie privée de la personne concernée dans l'analyse de l'affaire concrète.

On peut donc résumer comme suit les limites des principes de protection des données s'ensuivant pour limiter l'utilisation de moyens électroniques pour stockage et traitement des données à caractère personnel dans le contrôle de l'activité du travail :

- Le traitement des données confidentielles est interdit, en comprenant ceux-ci comme ceux qui ont trait aux aspects les plus intimes de l'individu, par exemple, l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, la santé et la vie sexuelle de l'individu
- Les données non confidentielles traitées ne peuvent pas être excessives par rapport à leur objectif, ce qui impose une obligation de minimisation des données par le responsable de leur traitement.
- Il est interdit à l'employeur de tirer parti des données recueillies pour une utilisation différente du but d'origine pour lequel elles ont été acceptées

¹²⁰⁰ En ce même sens, Eulàlia O. Policella, "Il controllo dei dipendenti tra Codice privacy e Statuto del lavoratore", *LNG*, 2004;(10) : 936.

Guide Pratique, 18, notant que la conservation devrait durer seulement quelques jours et ne peut pas excéder un mois.

et il est imposé une limitation majeure au pouvoir électronique de l'employeur, dans la mesure où il ne peut pas faire un usage libre des informations recueillies.

- L'employeur est également responsable de veiller à la sécurité et à la confidentialité des données personnelles recueillies auprès de ses employés.
- Les données ne doivent pas être conservées plus longtemps que le but pour lequel elles ont été collectées exigé dans le cas concret. On peut admettre l'extension de la conservation des données seulement quand il s'agit de celles relatives à des travaux illégaux graves.

B. Contrôle par la surveillance du courrier électronique

On opère de façon différenciée le contrôle du courrier électronique des employés, car on ne se réfère pas à l'article 5^e, X, qui traite du droit à la vie privée, mais à l'art. 5^e, XI, qui a comme droit fondamental la protection de la confidentialité de la correspondance. De plus, en droit comparé, en général, la protection de la correspondance électronique de l'employé est traitée séparément de la protection des données en général, en particulier en Espagne et au Portugal¹²⁰¹.

L'article 20.3 du Statut des Travailleurs d'Espagne est utilisé comme fondement pour la surveillance de l'employé en tant qu'utilisateur de l'ordinateur de l'entreprise (e-mail et internet)¹²⁰².

Actuellement, il est compréhensible que la surveillance de l'ordinateur ne doit pas être analysée sous la perspective de l'article 18 du Statut des Travailleurs¹²⁰³, car

¹²⁰¹ Dans ce sens, Luiza Tângari Coelho, "A proteção da intimidade na correspondência eletrônica : extensão da tutela da correspondência tradicional ?" *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, 61 (2012) : 335-395.

¹²⁰² Coelho, "A proteção da intimidade na correspondência eletrônica : extensão da tutela da correspondência tradicional ?", 342.

¹²⁰³ « Article 18. Inviolabilité des travailleurs individuels. Les enregistrements sur les travailleurs individuels de leurs casiers ou effets personnels, peuvent seulement être effectués quand cela est nécessaire pour la protection des actifs de l'entreprise et autres travailleurs de l'entreprise, sur le lieu de travail et horaire de travail. Dans sa réalisation cela sera respecté pour maximiser la dignité et la vie privée du travailleur et assisté par un représentant légal des travailleurs ou, en son absence du lieu de travail, un autre employé de l'entreprise, dans la mesure du possible. »

même si cet équipement électronique possède en son sein des archives et données personnelles de l'employé, cela n'est pas considéré comme un élément personnel. Ainsi, dans ce qui se réfère à l'ordinateur, on doit appliquer dans l'étude de cas concret, la prévision de l'art. 20.3 du Statut des Travailleurs, qui autorise la surveillance comme exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur, dès que se respecte la dignité de l'employé¹²⁰⁴.

La doctrine en droit espagnol soutient que, pour que soit valide la surveillance des activités de l'employé devant son ordinateur, quelques procédures doivent être observées par l'employeur, telles que le fait d'informer l'employé par écrit des conditions d'utilisation de l'ordinateur (fins professionnelles) et des éventuelles situations de surveillance, visant à élider la possibilité de vie privée¹²⁰⁵. Le traitement de la surveillance des pages web (internet) visitées par l'employé est différent de la surveillance de la correspondance électronique (e-mail), car autant le premier est traité sous la perspective de l'article 20.3 du Statut des Travailleurs, autant le second est traité comme secret des communications.

Ainsi, la violation du courrier électronique, plus que de porter atteinte à l'intimité de l'employé, porte atteinte au secret des communications. Sur la base de cette compréhension, la jurisprudence de l'Espagne a compris qu'il est nécessaire de concéder deux comptes de courrier électronique : un sur lequel l'employé possède une totale liberté et l'autre où il peut être surveillé¹²⁰⁶.

La confidentialité des messages et de l'accès à l'information dans l'article 22 du Code du Travail du Portugal¹²⁰⁷, protège le droit de réserve et de confidentialité sur des messages personnels et des informations de nature non-professionnelle consultés par l'employé durant son temps et sur le lieu de travail, à travers l'utilisation des instruments mis à sa disposition par l'employeur. La deuxième partie de l'article 22 du Code du

¹²⁰⁴ Fernando de Vicente Pachés, *El Derecho Del Trabajador al Respeto de su Intimidad*, (Madrid: CES - Consejo Económico Y Social, 1998), 307, apud Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do trabalho: relações Individuais de trabalho*, (Coimbra: Coimbra Ed., 2007), 322.

¹²⁰⁵ Pour tous, voir : Antoni Roig Batalla, *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa*, (Tirantlo Blanch, Valencia, 2007), 66.

¹²⁰⁶ Roig Batalla, *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa*, 67.

¹²⁰⁷ « Art. 22. Confidentialité de messages et d'accès à l'information. 1 – le travailleur jouit du droit de réserve et confidentialité en ce qui concerne le contenu des messages de nature personnelle et l'accès à l'information à caractère non-professionnel qu'il envoie, reçoit ou consulte, notamment à travers du courrier électronique. 2 – la disposition du numéro antérieur n'entache en rien le pouvoir de l'employeur d'établir des règles d'utilisation des moyens de communication dans l'entreprise, notamment de courrier électronique. »

Travail présente une exception à la règle et autorise l'employeur à établir des règles quant à l'utilisation du courrier électronique sur le lieu de travail.

La prévision légale portugaise, à cet égard, en rendant seulement possible l'adoption de pratiques de la part des employeurs dans la réglementation de l'utilisation des moyens de communication de l'entreprise, laisse à désirer, car elle ne se heurte pas vraiment à l'existence d'une autorisation ou non de pouvoir vérifier le contenu des messages professionnels reçus par le travailleur sur l'ordinateur de l'entreprise.

Cependant, malgré le fait que le droit à la vie privée et le droit à la confidentialité des communications soient fournis par différentes dispositions de la Constitution fédérale brésilienne, l'un et l'autre méritent d'être vus à la lumière de la société de l'information comme des instruments qui consacrent les principes de protection des données dans le droit brésilien.

Ainsi, on propose des limites au pouvoir de contrôle électronique qui se manifeste dans la surveillance électronique des employés, en tenant compte des principes déjà mentionnés du droit international et comparé.

Il est entendu, par conséquent, qu'on ne doit pas consacrer seulement une politique de tolérance par rapport à un usage non professionnel. Il faut aller plus loin et établir une interdiction de déterminer des obstacles à un usage personnel, compte tenu des caractéristiques des NTIC. Les travailleurs de certaines entreprises ont le droit d'utiliser cette forme de communication à des fins personnelles, compte tenu de la disparition progressive des frontières spatiales-temporelles.

Le courrier électronique, en tant que processus de communication, est parfaitement assimilable à d'autres types classiques de communication, avec la seule différence qu'il est un peu plus vulnérable. Les messages électroniques sont transférés par un canal de communication fermé et les parties prenantes supposent une expectative raisonnable de confidentialité. Elles doivent donc être protégées par le droit à la confidentialité des communications et des facilités techniques pour que son interception ne les éteigne pas parce que la garantie juridique de ce secret est indépendante de l'assurance technique du secret.

La violation des communications, en plus de supposer l'endommagement d'un droit fondamental, engendre un climat d'insécurité qui a un impact direct à la fois sur la dignité de la personne et sur le libre développement de sa personnalité.

L'art. 5^e, XI de la Constitution fédérale brésilienne est assez large parce qu'il interdit toute ingérence, incluant à la fois la liberté d'envoyer et de recevoir de la

correspondance, ainsi que l'interdiction de détention ou la saisie et en plus l'intervention téléphonique ou par d'autres moyens. Tout cela implique le droit à ce que personne ne viole ou n'envahisse dans le sens où la prise de connaissance non autorisée du contenu de la correspondance est illégale en elle-même.

Par conséquent, leur divulgation est interdite, établissant le droit suivant lequel des tiers qui y ont accès ne les divulguent pas. La protection qui est accordée par la loi à ce droit est formelle en ce que le secret est imposé à la communication, indépendamment du fait que son contenu soit privé ou non.

La protection prévue par le présent article inclut non seulement le contenu de la communication comme sa circulation et comprend également des pièces jointes des courriers électroniques.

L'employeur ne peut pas compter sur son pouvoir légitime de contrôle pour limiter l'exercice de ce droit prévu par la Constitution et au niveau du travail. Pour l'employeur, les messages personnels des travailleurs sont inaccessibles, non seulement au moment de son émission, mais aussi dans son registre et son fichier sur l'ordinateur.

On entend comme excessive l'inclusion dans la protection de la confidentialité des communications par courrier électronique professionnel s'il y a une politique claire sur l'utilisation de cette option et s'il y a des comptes distincts des courriers électroniques ou au moins des dossiers correctement différenciés. Dans le cas des courriers électroniques professionnels, il y a une relation entre ce qui commet et le commissaire lorsque l'employeur peut contrôler le contenu des messages professionnels en respectant toutes les exigences de l'exercice correct de son contrôle électronique, en particulier le principe de proportionnalité. L'employeur dans ces cas ne correspond pas à un tiers dans le but de nécessiter d'une autorisation judiciaire correspondante. Mais le contrôle doit être le moins intrusif possible, en comprenant qu'il y ait un consentement par le travailleur en ce sens dans la mesure où il envoie et reçoit des messages selon les ordres de l'employeur. Le contenu des messages électroniques ne peut pas être considéré comme patrimoine unique de l'employé ou de l'entreprise. Cependant, ce type de contrôle ne peut pas être permanent et doit respecter le principe de proportionnalité¹²⁰⁸.

¹²⁰⁸ En droit français, par exemple, la jurisprudence consolide aussi la règle de prohibition du traitement de données personnelles par l'employeur en affirmant que : « sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les filières identifiées par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de l'intéressé ou celui-ci dûment appelé » (CS, 17 mai 2005, n° 03-40017). En commentant la décision, Collomp, argumente que « l'intérêt de l'entreprise peut certes justifier que des restrictions soient apportées aux libertés individuelles, encore faut-il que ces restrictions soient justifiées par cet intérêt et surtout proportionnées au but recherché... qu'il s'agisse de

Ainsi, en principe, l'ouverture de ces courriers électroniques doit être exceptionnelle et doit avoir lieu en présence de l'employé, à moins que cette personne soit absente et que ceci constitue exactement la cause de la visualisation. On doit se trouver en face d'une raison objective d'exercer un tel contrôle et l'employeur doit respecter le principe d'adéquation, en ne prenant pas plus de connaissance qu'il soit nécessaire et en utilisant des moyens les moins intrusifs possibles.

Le titulariat des moyens utilisés ne justifie pas l'accès aux communications privées faites par l'entreprise. Le contrat de travail ne place pas l'employeur dans la position privilégiée d'un interlocuteur du message ou d'un tiers particulièrement qualifié pour violer le secret des communications.

Les entreprises doivent établir des politiques claires sur l'utilisation de ces médias, mais ne peuvent pas interdire leur utilisation à des fins personnelles. On préconise une utilisation modérée, selon les règles de bonne foi et de proportionnalité, qui ne gêne pas le fonctionnement normal de l'entreprise. Il est entendu que l'écriture bien faite de procédures de bonnes manières insérées dans les règles internes peuvent être un moyen approprié pour satisfaire les intérêts des nombreuses différentes parties.

L'obligation que les travailleurs distinguent correctement des courriers électroniques à caractère professionnel des courriers électroniques de nature personnelle doit être contenue dans les politiques mises en œuvre par l'entreprise y compris au moyen de règles, en s'efforçant de ne pas classer incorrectement un de ces deux types.

Dans le cas des messages électroniques marqués comme personnels ou des messages qui, bien que non marqués comme tel, l'on puisse déduire qu'ils le sont, il y a une protection qui les rend inviolables. L'employeur ne peut pas contrôler le contenu de ceux-ci ni même dans des situations exceptionnelles où l'on soupçonne des abus. Et des preuves obtenues violant ces préceptes seront considérées nulles.

Compte tenu des soupçons raisonnables de violations contractuelles par l'employé, l'employeur ne peut pas contrôler le contenu sans autorisation judiciaire préalable, même si cela a violé les règles établies par l'employeur.

Dans les cas où il n'y a pas de politique claire sur l'utilisation de ces moyens ou bien où on permet une utilisation sans discernement des courriers électroniques, il semble que ceux-ci seront protégés par le droit à la confidentialité de la communication et l'employeur ne pourra pas accéder à cela. Dans de tels cas, il y a plusieurs précautions

protéger le secret des correspondances ou, plus largement, les libertés individuelles, la vie familiale. » Evelyne Collomp, "La vie personnelle au travail," *Droit Social* 1 (2010) : 43.

à prendre et accéder aux courriers électroniques doit être le dernier recours à utiliser par l'employeur. En plus, l'accès doit être fait en présence du travailleur et être limité à certaines données externes.

Toutefois, l'employeur, même s'il ne peut pas voir le contenu des courriers électroniques personnels, peut exercer un certain contrôle électronique sur eux. Il peut, par exemple, contrôler quelques données externes. En assistant au principe de proportionnalité, la connaissance de certaines données de trafic configure une interférence d'intensité plus faible dans le droit fondamental au secret des communications. Enfin, un avertissement que certaines entreprises font à l'avance aux travailleurs que leurs courriers électroniques peuvent être contrôlés ne produit aucun effet en termes de légitimation du contrôle des employeurs.

Conclusion Finale

1. Le droit du travail de nombreux pays reconnaît l'attribution de pouvoir à la figure de l'employeur dans le contrat de travail, que ce soit directement à travers la législation, soit indirectement, par la doctrine, jurisprudence et par les conventions collectives de travail.
2. Les pouvoirs de l'employeur sont, donc, reconnus, comme prérogatives contractuelles de l'employeur, la faculté de diriger la performance de l'employé (directement ou à travers des règlements internes), de contrôler l'exercice du travail, de sanctionner en cas de désobéissance à des ordres.
3. Tout comme dans d'autres situations de droit privé, toujours dans le domaine contractuel, se retrouvent des situations dans lesquelles sont attribués des pouvoirs directs d'une des parties sur l'autre, qui empêche et réagit au manque d'exécution de l'obligation ou même des cas dans lesquels se confère une tutelle juridique à des pouvoirs disciplinaires privés. Ce qui n'a pas de parallèle dans le domaine privé c'est la conjugaison de la position de suprématie contractuelle d'une des parties avec la reconnaissance de la nature privée et du contenu égoïste du pouvoir qu'elle extériorise et dans l'objectif de punition directe et personnelle qui encadre les intérêts propres du sujet qui applique la punition qui se vérifie dans le pouvoir de l'employeur, ce qui occasionne une difficulté d'encadrement juridique de la relation de travail, et autour de ce débat s'attribue la propre autonomie dogmatique du droit du travail.
4. Deux théories principales ont apporté une solution à la problématique de l'encadrement juridique de la situation de pouvoir dans les relations de travail. La première, connue comme institutionnaliste, admet que l'accord de volontés – contrat – ne valide pas le pouvoir de l'employeur. On se niait, donc, non seulement à reconnaître que les mécanismes de droit civil étaient adéquats pour encadrer juridiquement le système et la relation de travail, mais aussi tout autre du droit privé. La deuxième, questionnant également l'aptitude du cadre obligatoire pour solutionner la question, a insisté sur le lien entre salarié et employeur dans les

limites du droit privé, développant, par conséquent, un contrat séparé de ceux des cadres du droit civil (le contrat de travail), lui attribuant des éléments propres, spécialement celui de la *personnalité* et celui de la *dépendance* ou *subordination*, altérant l'enquête sur le fondement du pouvoir pour la raison que cette position globale est celle de subordination du travailleur. En maintenant le caractère contractuel de la situation juridique de l'emploi, on dépasse, par conséquent, l'obstacle de la justice privée et de la liberté de choix, à partir du moment où les pouvoirs de l'employeur – inhérents à cette modalité contractuelle autonome – font l'objet d'une acceptation de la part de l'employé, ceci étant inscrit dans son contrat de travail ; et son exercice est limité par la loi, garantissant un caractère démocratique aux relations de travail. C'est le contractualisme en vigueur qui prévaut actuellement dans le droit du travail dans les pays occidentaux.

5. Ainsi, dans les pays dans lesquels il existe une reconnaissance explicite des pouvoirs du travail le reliant au contrat, celui-ci se base directement sur la loi, qui également le limite. Cependant, dans ceux qui ne disposent pas de reconnaissance directe, mais d'une reconnaissance indirecte, même si la loi ne sert pas au fondement direct de ces pouvoirs, elle sert comme renfort argumentatif de ce fondement, parce qu'elle régule son exercice en le limitant.
6. Le droit du travail brésilien, pourtant, possède une particularité. Même avec une reconnaissance explicite par la loi de l'existence de la suprématie des pouvoirs de l'employeur dans la relation de travail, il n'y a pas de normes qui limitent suffisamment l'exercice du pouvoir de l'employeur.
7. Ceci ne signifie pas, malgré tout, que ces limites n'existent pas dans le droit brésilien. Pour répondre à la problématique du pouvoir du travail sans l'aide d'hypothèses institutionnalistes, et en considérant que le contrat de travail, par ses caractéristiques – spécialement celles de la personnalité et de la subordination – a la vocation de gérer les atteintes à la dignité du travailleur, la jurisprudence et la doctrine brésilienne ont construit des mécanismes de limitation du pouvoir du travail même en l'absence de prévision légale, à partir du système juridique brésilien de protection de la dignité de la personne humaine.

8. Le système de protection de la dignité humaine dans le droit brésilien possède une version dans le droit privé – celle des droits de la personnalité, prévue dans le Code Civil de 2002 – et une dans le droit public – celle des droits fondamentaux, prévue dans la Constitution Fédérale de 1988. Les droits de la personnalité sont applicables à des relations de travail par force de l’art. 8 de la Consolidation des Lois du Travail et les droits fondamentaux, même étant des normes de droit public, sont aussi directement applicables aux relations de travail en vertu de l’adoption par la jurisprudence brésilienne de la théorie de l’efficacité horizontale des droits fondamentaux et de la reconnaissance du caractère ouvert du système juridique brésilien.
9. Parce qu’ouvert et constitutionnaliste, le système juridique brésilien contient aussi bien des normes/règles, qui s’identifient comme des mandats définitifs, applicables par subsomption dans la mesure du tout-ou-rien et subordonnés à vérification de validité par l’organisme de contrôle, que des normes/principes, qui s’expriment comme mandats d’optimisation, applicables par pondération dans la mesure du possible et non sujets à vérification de validité par l’organisme de contrôle.
10. La constitutionnalisation des valeurs basiques et des principes dérivés de celles-ci ne placent pas seulement le juge dans un cadre nécessaire d’une jurisprudence de valeurs, mais qui accueille le fondement basique et met en valeur le sentiment inspirateur dans lesquels devrait se développer l’exercice du pouvoir législatif. Législateur, juge et tribunal constitutionnel, ce dernier dans une position très singulière, sont convoqués à implanter la conception principiologique de la loi dans sa tendance, toujours pour atteindre avec une explication parfaite l’application normative. Les principes, dans le degré de confiance en soi, dirigent le système, guident et fondent toutes les normes et, finalement, tendent à exercer cette fonction axiologique enfouie dans de nouveaux concepts de sa pertinence. Le juriste se doit, avant tout, de découvrir les principes généraux agissant dans les normes et dans les institutions.
11. Les droits fondamentaux, dans leur dimension subjective, produisent des effets sur les relations juridiques des personnes physiques et juridiques avec l’Etat et les

autres particuliers ; dans leur dimension objective, ils produisent des effets sur tout l'ordre juridique, dirigeant et reliant l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire au moyen des valeurs qu'ils protègent. A la lumière de la dimension subjective, le droit fondamental peut assumer autant un caractère négatif, en attribuant à son titulaire la faculté d'exiger de l'Etat une abstention d'intervention dans sa sphère juridique (droit de défense); comme aussi un caractère positif, en conférant à l'individu la prérogative d'exiger de l'Etat la mise en œuvre des conditions factuelles et juridiques nécessaires au plein exercice de ce même droit, tout comme la protection face aux agressions provenant de ses propres concitoyens ou d'Etats étrangers (droit à prestation). À partir du paradigme du double caractère des droits fondamentaux, survient la classification suivante : droits fondamentaux comme droits de défense, droits à prestation et droit de protection. La fonction de droits de défense est réalisée sous une double perspective : elles constituent des normes de compétence négative pour les pouvoirs publics, interdisant l'ingérence de tels pouvoirs dans la sphère individuelle et, d'un autre côté, impliquent le pouvoir d'exiger des omissions de l'Etat. La fonction de droits à prestation s'effectue en conférant au particulier le droit d'obtenir quelque chose au moyen du pouvoir public. Enfin, la fonction de droits de protection est exercée quand ses titulaires exigent de l'Etat une protection devant des tiers, prenant comme exemple le droit à l'inviolabilité du domicile, droit de protection des données informatiques, droit d'association.

12. De l'efficacité horizontale des droits fondamentaux dans tout le système juridique – comme expression de sa dimension objective – résultent, parmi tant d'autres, les conséquences suivantes: (a) interdiction des actes normatifs de tout secteur du droit à défier ce système de valeurs, sous peine d'être jugés inconstitutionnels; (b) interprétation restrictive des lois qui établissent des restrictions aux droits fondamentaux, sous peine d'inconstitutionnalité; (c) lien du Pouvoir Judiciaire aux droits fondamentaux dans la résolution des cas concrets quand on constate une lacune dans la législation; (d) efficacité des droits fondamentaux dans les relations privées. (e) obligation de l'état de fournir les conditions objectives minimum pour un exercice effectif des droits fondamentaux par des normes d'organisation et de procédure ; (f) devoir de l'état de protéger les particuliers contre la violation de leurs droits fondamentaux pas seulement devant des

personnes publiques mais aussi devant des menaces provenant d'autres particuliers.

13. Devant la collision des droits fondamentaux, le juge doit, dans un cas concret, se valoir de la technique de la pondération pour résoudre le conflit, faisant ici prévaloir un des deux, sans détruire le milieu de l'autre. En limitant le pouvoir de contrôle de l'employeur, la jurisprudence reconnaît l'existence de conflit entre le droit à la vie privée et le droit à la propriété privée de l'employeur.
14. En appliquant la technique de la pondération, la jurisprudence interdit la fiscalisation au moyen de fouilles intimes, comprises comme celles réalisées sur la personne de l'employé, même dans un lieu isolé, en utilisant la coercition de se déshabiller ou tout autre acte de harcèlement physique réalisé par l'employeur ou responsable de l'entreprise qui obligerait l'employé à dévoiler ou exposer son corps, même partiellement ; et ceci même sans contact physique. Cependant, appliquant la proportionnalité, le même tribunal présente des situations exceptionnelles, dans lesquelles sera permise la fouille intime : cela quand se présentera dans la situation un intérêt public crucial (et pas simplement privé), et aucun autre moyen efficace de contrôle. Il s'agit d'un cas de fouille intime dans une prison, pour contrôler si les employés facilitent l'entrée et la sortie de drogues pour les détenus.
15. Quant à la fouille des objets de l'employé sur le lieu de travail, pour la protection du patrimoine de l'employeur, on considère majoritairement dans la jurisprudence et dans la doctrine qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à la réalisation, considérant une telle conduite comme un exercice légitime du pouvoir de fiscalisation de l'employeur. En outre, la technologie semble être encouragée par la jurisprudence comme instrument de contrôle, le tenant pour moins agressif contre le droit à l'intimité de l'employé que celui des fouilles physiques. Cependant, on défend que cette position n'est pas la plus adaptée face aux changements survenus avec la société de l'information et il devrait être proposé un nouvel abordage du thème.
16. L'expression société de l'information définit une nouvelle forme d'organisation sociale, politique et économique dans laquelle survient une utilisation intensive

de la technologie de l'information par la collecte, production, traitement, transmission et archivage d'informations ; mettant en avant l'information, en soi, comme la principale matière première de ce nouveau modèle capitaliste, de là la nomenclature attribuée. En plus de ce trait distinctif, ressortent comme caractéristiques principales de la société de l'information - aussi appelée ère de l'information - l'extraordinaire avancée dans le secteur de la communication, spécialement après l'avènement d'internet et du développement de la microélectronique; le contrôle de toutes les infrastructures critiques au moyen d'ordinateurs, la substitution de moyens humains par des agents intelligents dans des lignes de productions déterminées; la montée globale du flux d'informations, affaiblissant les limites territoriales traditionnelles ; le surgissement d'une nouvelle spécialité appelée sécurité de l'information, afin d'augmenter la gestion des informations dans le secteur public et dans le secteur privé, et le puissant impact de la technologie dans les sciences, la culture, l'économie et la politique.

17. Dans le scénario de la société de l'information, croît l'intérêt autant des gouvernements que de l'initiative privée dans l'intimité des personnes. Le marché impose comme un des critères pour l'évaluation de la valeur de vente des corporations la quantité d'informations personnelles dont ces entités disposent au sujet de leurs clients ; l'Etat investit dans de puissantes banques de données pour une interconnexion et un traitement d'informations personnelles, afin de tracer le profil des citoyens ; le comportement des personnes devient de plus en plus contrôlé au moyen de caméras de surveillance installées partout ; les entreprises étendent les procédures de surveillance des communications des employés, apparaissent des compagnies spécialisées dans la collecte et le traitement de données personnelles à des fins marketing et publicitaires ; les agences d'intelligence signent des accords pour intercepter des communications tout autour du monde; enfin la société assume des moyens détournés de contrôle et de surveillance permanents des individus au moyen de nouveaux artifices technologiques.
18. La méthode panoptique se fonde sur le principe de la constante surveillance des personnes, dans l'intention de construire un savoir détaillé sur ces individus. Mais la grande efficacité de la technique en référence découle de la capacité de ce

procédé à interférer sur le comportement de l'individu encore en phase de développement, surtout si la personne en prenant connaissance qu'elle se trouve exposée à un mécanisme de permanente visibilité, commence à se comporter d'une façon différente de celle avec laquelle agirait normalement, pour s'adapter aux intentions de l'agent de surveillance et se préserver, ainsi, de possibles punitions. Cette surveillance « visible », mais « invérifiable », assure le fonctionnement automatique du pouvoir, de là son incorporation par les sociétés contemporaines, en tant que mécanisme de renforcement des appareils de l'Etat, s'étendant par un réseau de contrôle qui imprègne l'ensemble du corps social. En plein XXIème siècle, dans la société de l'information reste encore en vigueur le modèle panoptique pour le contrôle des individus, s'opposant à la méthode envisagée par Jeremy Bentham et décrite par Michel Foucault, simplement pour adopter des méthodes technologiquement plus sophistiquées.

19. La surveillance sur le comportement des personnes a connue une extraordinaire avancée avec l'avènement de la technologie de l'information, qui permet le dépistage, la surveillance et le contrôle des individus à distance grâce à des dispositifs électroniques. Dans ce contexte, la vidéosurveillance se matérialise comme le genre le plus commun de surveillance électronique, se structurant au moyen de circuits internes de télévision et de caméras de surveillance qui captent les images des personnes, afin d'influencer leur comportement et étendre la sécurité collective. Toutefois, l'utilisation indiscriminée de dispositifs pour la surveillance électronique a préoccupé des juristes et des activistes d'organisations non gouvernementales de défense des libertés publiques tout autour du monde, ce qui a mené à sa réglementation dans divers pays.
20. Ressort donc l'importance de la collecte d'informations personnelles comme ressource essentielle à l'exécution des activités de l'état, comme l'investigation sur les évasions fiscales, diminution et combat contre la criminalité, conceptualisation de politiques publiques, entre tant d'autres. Il convient de noter, toutefois, la nécessité d'imposer des limites à l'utilisation des données à caractère personnelle, tant par les organismes et entités publiques que par l'initiative privée ; afin d'éviter des abus et une intrusion excessive dans la vie privée des gens. On propose, dans ce sens, la réglementation à propos de

l'identification des données ; lesquelles peuvent être collectées et lesquelles devront être interdites de collecte, en plus de la spécification des mesures et procédés de sécurité applicables au traitement des informations personnelles, tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

21. Tous les secteurs de la société souffrent des altérations et le Droit du Travail ne peut pas être une exception surtout parce que c'est un des secteurs du droit le plus perméable aux changements et qui souffre le plus des invasions des technologies. Sur le lieu de travail, l'utilisation croissante de ces NTIC, principalement de l'ordinateur, associée à l'internet et au courrier électronique, altère profondément les caractéristiques traditionnelles sur lesquelles se fonde la relation de travail classique, particulièrement les critères du lieu et temps de travail et de la subordination juridique.
22. Survient alors un changement radical du modèle anthropologique sur lequel s'est basé le droit du travail, et, aussi, d'un nouveau droit du travail, dans la mesure on est face à des altérations profondes, structurelles et principalement fonctionnelles parce que s'est modifiée profondément la manière d'effectuer la prestation du travail. Cette situation implique des changements radicaux, un redimensionnement des entreprises et, pour certaines, un possible reformatage du droit du travail. Ceci parce que les NTIC permettent un traitement illimité et indiscriminé des données personnelles du travailleur, facilitant le fait que les données, qui se trouvent normalement disséminées, apparaissent réunies instantanément dans une unique base de données sans être soumises à une sélection préalable sur leur pertinence face aux exigences d'aptitude ou obligations dérivées du contenu de la prestation du travail. Il est possible, au moyen d'instruments comme des appareils audiovisuels, de surveiller les ordinateurs, de contrôler internet et les emails de manière continue et centralisée.
23. Avec les NTIC, le problème du pouvoir de contrôle de l'employeur a connu une nouvelle réalité et une nouvelle actualité, étant donné que l'introduction de l'informatique dans les entreprises n'est pas un instrument neutre. Au contraire, c'est un phénomène complexe, capable de redimensionner ce pouvoir. À travers des innovations technologiques, s'opère un nouvel équilibre entre les différents

pouvoirs de l'employeur, ceux-ci se centrant maintenant sur le contrôle de l'activité. De tels changements factuels obligent, pourtant, à reprendre la problématique de l'encadrement juridique du pouvoir dans les relations de travail.

24. Beaucoup de pays, pour cette raison, commencent à exécuter dans leurs législations de nouvelles formes de limitation du pouvoir de contrôle de l'employeur. On ne parle pas uniquement du droit à l'intimité dans son aspect physique qui doit être pondéré quand il entre en conflit avec le droit de propriété de l'employeur, mais de l'intimité sous son aspect de protection de données personnelles ou de protection de l'autodétermination informative.
25. Une donnée personnelle est la donnée liée à un individu identifié ou identifiable, se comprenant comme identifié l'individu qui est déjà connu ; et par identifiable la personne qui peut être connue directement par le propre possesseur des données respectives ; ou indirectement grâce à des ressources ou moyens à disposition de tiers, sans que soit nécessaire la perte de temps, coût ou effort exagéré. Indépendamment du support sur lequel se trouvent enregistrées les données d'un individu, de transmettre ou non un message et d'être ou non directement affectées au sujet, elles doivent être protégées avec l'adoption de mesures et procédures spécifiques de sécurité, surtout qu'avec la croissance de la technologie de l'information, elles peuvent être facilement croisées et reliées par des logiciels puissants, qui permettent de tracer le profil des individus, ce qui caractériserait une violation de l'intimité et de la vie privée du titulaire en référence.
26. Depuis la fin des années 70, les législations plus avancées en termes de protection des données personnelles inscrivent les principes identifiés comme nécessaires à la garantie des droits et des libertés des individus en ce qui concerne leur intimité informationnelle. Avec le développement de la technologie de l'information, au cours des dernières années, on reconnaît de nouveaux principes applicables au traitement des données personnelles au moyen de systèmes automatisés, mettant en avant le principe de la loyauté ou de la bonne foi, le principe de la publicité, le principe de la transparence, le principe de la proportionnalité, le principe de la véracité, le principe de la caducité, le principe de la sécurité dans le traitement, le principe de la confidentialité, le principe du non traitement de données sensibles,

le principe de la réciprocité des avantages et le principe de la responsabilité objective. Même si la plus grande part des postulats de protection des données personnelles est explicitement prévue dans les législations internationales et étrangères, on observe que sa reconnaissance peut s'effectuer simplement au moyen de jurisprudence, ce qui ne leur retirera pas une ample normativité.

27. Considérant que les cas de violation de la vie privée informationnelle s'aggravent avec l'avènement des systèmes automatisés, la conformation de ce droit a été délimitée initialement dans des pays qui disposaient d'un niveau de développement technologique plus avancé. Sur le plan international on met en avant la Convention 108 pour la protection des personnes relativement au traitement automatisé des données à caractère personnelle de 1981, la Directive 95/46/CE, la Directive 97/66/CE et la Directive 2002/53/CE, ce qui démontre que les plus grandes avancées surviennent sur le continent européen, où s'assure déjà la protection tant par la voie législative qu'administrative. En Amérique Latine, la protection de la vie privée informationnelle se montre incomplète, une législation spécifique existant à peine en Argentine et au Chili.
28. La fragilité du droit à la vie privée informationnelle ou droit à l'autodétermination informative devant des ressources modernes technologiques utilisées par la collecte, stockage ou interconnexion de données personnelles, impose la réglementation de cette garantie par la législation spécifique, afin que s'établisse un ensemble de normes qui prévoient les principes applicables au traitement des données personnelles; les droits garantis aux titulaires des informations, les mesures et les procédures de sécurité nécessaires à la préservation de l'intégrité, authenticité et secret des données, les sanctions applicables en cas de désobéissance des préceptes, et autres mesures d'égale importance pour la préservation de l'intimité et de la vie privée des titulaires des informations.
29. Dans ce contexte, sous l'angle post-positiviste, les principes de protection de données personnelles élaborés dans le contexte du droit international et comparé peuvent être utilisés par la jurisprudence indépendamment présente ou non dans les lois qui intègrent le système juridique. Peuvent également servir de source d'inspiration les législateurs qui, en normalisant, peuvent les contempler, au cas

où ils considèrent nécessaire une telle prévision, dans des actes normatifs de façon explicite.

30. Dans la limitation du pouvoir de contrôle de l'employeur, pourtant, tenant compte des principes de protection de données personnelles – et pas seulement en considérant l'intimité sous l'aspect physique et du secret de la correspondance – on a fait quelques propositions.
31. Dans un premier temps, le droit à l'intimité auquel se réfère l'art. 5, X de la Constitution Fédérale doit être examiné sous cinq aspects : physique (sécurité du corps physique) ; du domicile (inviolabilité du domicile) ; des communications (inviolabilité des communications) ; décisionnel (pouvoir de l'individu à s'autodéterminer) ; et informationnel (pouvoir du titulaire de contrôler et protéger ses données personnelles).
32. Le droit à la vie privée, dans sa dimension négative, accorde au titulaire la faculté d'exiger de l'Etat et des autres particuliers une abstention d'intervention dans sa sphère juridique, soit, la prérogative d'imposer à des tiers le respect de son intimité et de sa vie privée. En protégeant la sphère individuelle de l'individu contre des intrusions du pouvoir public et d'autres citoyens, le droit à l'intimité se caractérise comme un typique droit de défense – expression du dénommé statut négatif. Malgré la prédominance de cette dimension négative, il se vérifie que l'effectivité du droit à l'intimité requiert non seulement une abstention de l'Etat, mais aussi un agissement du pouvoir public dans le sens de garantir la non-intrusion de tiers dans l'intimité et dans la vie privée d'autrui, c'est à dire, qu'on exige une action positive de l'Etat, expression du statut positif et des droits à prestation.
33. On souligne encore que l'effectivité du droit à l'intimité – plus spécialement du droit à l'intimité informationnelle, aussi appelé droit à l'autodétermination informative – dépend d'une action positive de la part de l'Etat, c'est à dire, le pouvoir public a le devoir de mettre en œuvre des mesures administratives et législatives nécessaires à la concrétisation de ce droit fondamental, considérant le manque de transparence dans le traitement des données personnelles après l'avènement de la technologie de l'information. Sous cette perspective, le droit à

l'intimité se classifie comme un droit à prestation et impose à l'Etat le devoir de mettre en œuvre des procédures nécessaires à la sauvegarde des informations personnelles soumises à tout type de traitement, tout comme la désignation ou la création d'un organisme responsable de la révision permanente et de l'amélioration de ces procédures applicables tant dans le secteur public que privé (droit à l'organisation et au fonctionnement). Encore comme droit à prestation, le droit à l'intimité exige que le pouvoir public adopte des mesures qui permettent la croissance de l'intimité, en protégeant les citoyens des intrusions provenant d'autres particuliers ou d'Etats étrangers dans le contexte de la société de l'information (droit de protection).

34. Il doit, donc, être créé un organisme indépendant de surveillance du contrôle des données personnelles pour tous les citoyens, en plus d'un autre qui se propose spécifiquement de fiscaliser l'exercice du pouvoir de contrôle électronique de l'employeur, comme par exemple un syndicat.
35. On propose donc qu'avant d'adopter des mécanismes électroniques de contrôle de la performance du travail de ses employés, l'employeur obtienne une autorisation du syndicat des travailleurs ou au moins lui informe, de quels moyens il prétend se prévaloir et de quelle manière surviendra le contrôle.
36. Dans la collision entre le droit à la propriété et le droit à l'intimité, on doit prendre en compte, donc, les principes de protection des données.
37. Ainsi, ils peuvent être simplement recueillis quand il existe des motifs déterminés, explicites et légitimes, indiquant que les données personnelles des travailleurs peuvent être traitées, uniquement, si elles respectent ces présupposés, étant essentielle la définition précise de ces finalités. Se proposent comme fins légitimes d'utilisation du système de vidéosurveillance celles utilisées par l'exigence de la sécurité des personnes et des biens ou par des exigences particulières inhérentes à la nature de l'activité.
38. Il doit exister en outre le respect du principe de la proportionnalité, dans le sens d'une intrusion minimum, en choisissant le système d'enregistrement qui

impliquera le plus petit captage possible en relation à la fin légitime qui a justifié son adoption. Dans certains cas, par exemple, un système qui permettra seulement la visualisation sera suffisant, sans la nécessité d'enregistrement des images, d'un autre côté, il ne sera pas nécessaire de recourir à l'enregistrement de son si le simple enregistrement d'images est déjà suffisant pour satisfaire aux nécessités de l'employeur. En deuxième lieu, l'attention doit être portée sur la localisation des caméras et les modalités d'enregistrement, en plus d'adapter le champ visuel à la finalité désirée ou aux zones dans lesquelles ce type de contrôle est effectivement nécessaire. Et aussi d'éviter l'utilisation dans les "zones de non-travail", les caméras dirigées directement sur le visage de l'employé, et même l'intensité temporelle de l'installation.

39. Enfin, on doit obéir au principe de transparence, c'est à dire, que doit être communiqué en détail aux travailleurs – et à leurs représentants, comme vu antérieurement – des informations autour du système de surveillance électronique, incluant l'identité du responsable du traitement et la finalité de la surveillance, ainsi que toutes autres informations nécessaires pour garantir le traitement loyal en relation avec la personne en cause. Le contrôle occulte doit être admis uniquement dans des cas exceptionnels, soit (a) l'existence d'une suspicion concrète sur la pratique d'un fait illicite ; (b) l'impossibilité de recourir à un autre moyen moins grave pour prouver la pratique des suspicions, car ce serait une espèce d'état de nécessité ; et (c) que soit déterminée la proportionnalité de la mesure à la finalité recherchée, sous peine que n'existe une violation des droits de la personnalité du travailleur.

40. Non seulement dans la décision d'adopter ces moyens de contrôles, mais aussi pendant leur application il y aura des principes de protection des données personnelles. On doit limiter les circonstances personnelles là où on peut recueillir l'information, devant exister une claire connexion continue entre la donnée recueillie et son utilisation, étant seulement pertinentes les données nécessaires pour atteindre les finalités recherchées. De cette manière, le traitement des données personnelles sera licite uniquement s'il existe une correspondance entre l'activité de surveillance électronique et la finalité pour laquelle a été adopté le système. Ceci signifie, encore, que les données traitées ne peuvent être excessives

en ce qui concerne leur finalité.

41. Il est nécessaire aussi que la période de conservation des données soit la plus courte possible et en accord avec les caractéristiques spécifiques de chaque cas concret, ne pouvant y avoir de réponse uniforme quant au temps de conservation, ne pouvant être conservées uniquement que les images enregistrées considérées indispensables et par le temps strictement nécessaire pour atteindre la finalité recherchée. L'obligation de destruction des données, toujours avec la fin du contrat de travail, ne paraît pas être la meilleure solution, surtout que peuvent exister des situations dans lesquelles leur manutention peut être nécessaire ou même bénéfique au travailleur.
42. Le principe de compatibilité avec la finalité déclarée établit l'interdiction faite à l'employeur de profiter de ce type de données dans une utilisation différente de la finalité d'origine pour laquelle elles avaient été acceptées et impose une grande limitation au pouvoir de contrôle électronique de l'employeur dans la mesure où il ne peut utiliser librement l'information recueillie. Ce principe existe parce que l'utilisation multifonctionnelle de données augmente le risque de multiplication, pratiquement illimitée, d'effets préjudiciables causés par des données inexactes comme aussi par leur décontextualisation. Le contenu de ce concept de finalités incompatibles doit être compris en prêtant attention au résultat final recherché par la finalité originale et par les opérations de traitement antérieures.
43. Quant à la surveillance de l'*e-mail* et *internet* sur le lieu de travail, nous défendons qu'un accès total au contenu des messages électroniques (personnels ou professionnels) envoyés par les employés sur le lieu de travail n'est pas possible. Donc, nous acceptons la possibilité d'imposition de quelques limitations au travailleur dans l'utilisation de ces outils électroniques. Nous soutenons que l'employeur est autorisé à limiter l'utilisation du courrier électronique et l'accès à *internet* sur le lieu de travail pas en raison de l'exercice de son pouvoir directif ou de propriété mais si par obligation légale. Face à la responsabilité de l'employeur devant des tiers, qui impose au premier l'obligation de veiller à empêcher une utilisation abusive des instruments de travail mis à disposition du travailleur, pour causer préjudice à des tiers, nous comprenons que l'employeur

est autorisé à établir des critères objectifs pour la vérification de la conduite de l'employé face à *internet* et au courrier électronique. C'est à dire que l'intimité de l'employé n'est pas limitée en raison des droits de propriété de l'employeur sur l'ordinateur ou de l'exercice de son pouvoir directif mais plutôt en raison de l'intérêt public engagé, pour que l'utilisation illicite *d'internet* et du courrier électronique ne vise pas à la pratique d'activités illicites ou pour causer préjudice à des tiers étrangers à la relation de travail.

44. L'absence de discussion sur le thème dans le droit brésilien finit par occasionner le retour à la problématique des pouvoirs de l'employeur dans la relation de travail, compromettant non seulement le modèle démocratique que la Constitution de 1988 a voulu conférer à cette relation, comme la propre scientificité du Droit du Travail national. Avec des telles propositions, on a voulu, ainsi, contribuer, en l'encourageant, à provoquer la communauté juridique brésilienne pour ouvrir le débat. L'équilibre entre les droits des travailleurs, principalement en ce qui concerne le pouvoir de contrôle électronique de l'employeur et l'intimité de l'employé face aux nouvelles technologies, est, pourtant, une thématique en constante évolution.

Bibliographie

1 Ouvrages généraux, traités, manuels

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.) et SUDRE (F.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, ILGJ Marchal et Billard, 1917.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit Civil français*, 7^e édition, t. II, Paris, Librairies Techniques, 1961.

BARROS (A. M.), *Curso de Direito do Trabalho*, 3^e édition, São Paulo, LTr, 2016.

BARROSO (L. R.), *Curso de direito constitucional contemporâneo : conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2010.

BONAVIDES (P.), *Curso de direito constitucional*, 31^{ème} édition, São Paulo, Malheiros, 2016.

CAEN (G. L.), *Traité du droit du travail 2, Le salaire*, Paris, Dalloz, 1981.

CANAL-FORGUES (E.) et RAMBAUD (P.), *Droit international public*, 2^{ème} édition, Paris, Flammarion, 2011.

CANOTILHO (J.-J.G.), *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7^{ème} édition, Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO (J.-J.G.), *Direito Constitucional*, 5^{ème} édition, Coimbra, Almedina, 1992.

CARNELUTTI (F.), *Teoria geral de direito*, [trad. A. R. QUEIRÓ et A. CASTRO], São Paulo, Saraiva, 1942.

CATHARINO (J. M.), *Tratado jurídico do salário*, São Paulo, LTr, 1997.

CATHARINO (J. M.), *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1972.

CESARINO JÚNIOR (A. F.), *Direito social brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1970.

CORDEIRO (A. M.), *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999.

- CUEVA (M. De La), *Derecho del trabajo*, Ciudad de Mexico, Porrúa, 1949.
- DAUBLER (W.), *Derecho del trabajo*, [trad. M. P. A. SERNA et P. A. LÓPEZ], Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- DELGADO (M. G.), *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2016.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de code civil*, Paris, Auguste Durand Libraire et L. Hachette et C. Libraries, 1865.
- DINIZ (M. H.), *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- DONATO (M. P.), *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1975.
- DURAND (P.) et JAUSSAUD (R.), *Traité de Droit du Travail*, Paris, Dalloz, 1947.
- FAUSTO (B.), *História Geral da Civilização Brasileira: o Brasil Republicano – Sociedade e Instituições*, São Paulo, DIFEL, 1985.
- FERNANDES (B. G.), *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- GAGLIANO (P. S.), PAMPLONA FILHO (R.), *Novo Curso de Direito Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva; 2008.
- GAGLIANO (P. S.), PAMPLONA FILHO (R.), *Manual de Direito Civil Volume Único*, São Paulo, Saraiva; 2017.
- GOMES (O.), GOTTSCHALK (E.), *Curso de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- HAURIOU (M.), *Précis élémentaires de droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1925.
- JAVILLIER (J.-C.), *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 2001.
- LACERDA (D.), *Direito individual do trabalho*, Rio de Janeiro, Editora A Noite, sans date.
- LAMARCA (A.), *Manual das Justas Causas*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983.
- LAURENT (F.), *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, A. Marescq, 1887.
- LÉCUYER (Y.), *Convention et cour européennes des droits de l'homme*, Paris, Gualino, 2015-2016.
- LÉCUYER (Y.), *Libertés et droits fondamentaux, sources et protection*, Paris, Gualino, 2016-2017.
- LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

- MAZEAUD (H. J. J.), *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1967.
- MAZZONI (A. A. G.), *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1990.
- MELGAR (A. M.), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988.
- MENDES (F. G.), BRANCO (P. G. G.), *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2015.
- MIRANDA (J.), *Manual de direito constitucional*, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- MORAES FILHO (E.), *Introdução ao Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2004.
- NASCIMENTO (A. M.), *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- OLEA (M. A.), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1982.
- OLLIER (P. D.), *Le droit du travail*. Paris, Armand Colin, 1972.
- OVIEDO (C. G.), *Tratado elemental de derecho social*, Madri, V. Suarez, 1948.
- PERA (G.), *Diritto del Lavoro*, Roma, Giuffrè Editore, 1990.
- PERGOLESI (F.), *Diritto di lavoro*, Bologna, Cesare Zuffi, 1949.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 1907.
- PONTES DE MIRANDA (F. C.), *Tratado de Direito Privado*, vol. 47, Rio de Janeiro, Borsoi, 1964.
- PRADO (R. B.) *Curso de Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1991.
- QUEIROZ (C. M. M.), *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ROCCO (A.), *Corso di diritto commerciale*, Padova, La Litotipo editrice universitária, 1921.
- RUSSOMANO (M. V.), *Curso de Direito do Trabalho, 1972*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1972.
- SANSEVERINO (L. M. R.), *Diritto del lavoro*, Torino, Cedam, 1967.
- SILVA (J. A.), *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 2013.
- SUSSEKIND (A.), MARANHÃO (D.), VIANNA (S.), *Instituições de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1992.

SCHWARZ (H. A.), WAHLENDORF (L.), *Droit comparé, théorie générale et principes*, Paris, LGDJ, 1978.

TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué : De la prescription ou commentaire du titre XX du Livre III du Code Civil, t. 1*, Paris, 1835.

2 Ouvrages spécialisés, thèses, monographies

AGUILERA (A. T.), *Nuevas tecnologías, intimidación y protección de datos, con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Madrid, Edisofer, 2001.

ALBERT (P.), *Histoire de la presse*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

ALEXY (R.), *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, [L. A. HECK], Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

ALEXY (R.), *Teoría de los derechos fundamentales*, [trad. E. G. VALDEZ], Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALPA (G.), *Vie privée et statut de l'information : banche dati telematica e diritti della persona*, Padova, CEDAM, 1984.

ALTHUSSER (L.), *Aparelhos ideológicos do Estado : nota sobre os aparelhos ideológicos*, [trad. J.A.G. ALBUQUERQUE], Rio de Janeiro, Edições Graal, 1985.

ALVARENGA (R. Z.), *Direitos da Personalidade do trabalhador e poder empregatício*, São Paulo, LTr, 2013.

ALMEIDA (R. R.), CALVO (A.), et ROCHA (A. P.), *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2010.

ARENDT (H.), *A condição humana*, [trad. R. RAPOSO], Rio de Janeiro, Forense, 1981.

ARENDT (H.), *The Human Condition*, Chicago, University of Chicago Press, 1958.

ARENDT (H.), *On revolution*, London, Penguin Books, 1990.

ARFWEDSON (A.) (dir.), *Dossier d'information sur le thème de la Décennie pour 1994 : Culture et Développement*, Paris, UNESCO, 1994.

- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Les Échos du Maquis, 2015.
- ARON (R.), *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, Paris, Gallimard, 1989.
- ARONNE (R.), *Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- ASCENSÃO (J. O.), *A sociedade da informação : direito da sociedade da informação*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- AUBY (J.-B.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2013.
- AULETTA (T.), *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, Giuffrè, 1978.
- BALDASSARRE (A.), *Privacy e costituzione : L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974.
- BARACAT, (E. M.), *A boa-fé no direito individual do trabalho*, São Paulo, LTr, 2002.
- BARASSI, (L.), *Elementi di diritto del lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1949.
- BARDELLI (P.), *La souffrance au travail : quelle responsabilité de l'entreprise ?*, Paris, Armand Colin, 2012.
- BARROS (A. M.), *O direito à intimidade nas relações de trabalho*, São Paulo, LTr, 2009.
- BARROS (S. T.), *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO (L. R.), *A nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARROSO (L. R.), *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- BARROSO (L. R.), *O direito constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BATALA (A. R.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- BECK (U.), *La società globale del rischio*, Trieste, Asterios, 2001.
- BECKER (A.L.), *A escola de Frankfurt no Direito*, Curitiba, Edibej, 1999.
- BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

- BELLAVISTA (A.), *Il controllo sui lavoratori*, Turin, Giappichelli Editore, 1995.
- BELMONTE (A. A.), *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho e a tutela das questões jurídicas relacionadas ao uso das redes sociais*, São Paulo : LTr; 2014.
- BENALCÁZAR (I.), *Droit du Travail et nouvelles technologies : collecte des données Internet cybersurveillance télétravail*, Gualino éditeur, Paris, 2003.
- BENDICH (A. M.), *Privacy, Poverty and the Constitution*, California, University of California at Berkeley, 1966.
- BERCOVICI (G.), *Constituição econômica e desenvolvimento : uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- BERNARD (P.-J.), *Histoire du développement économique*, Paris, Marketing, 1989.
- BERTHOUD (G.), CERQUI (D.), CLÉMENT (F.), ISCHY (F.), SIMIONI (O.) *La société de l'information : une idée confuse*, Lausanne, Institut d'anthropologie et de sociologie, 2000.
- BETHEL (L.), *Brazil since 1930*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- BITTAR (C. A.), *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2006.
- BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- BLANCA (R. R.), *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998.
- BLANCO (J. M.), *El contrato de trabajo*, Madrid, Editora Revista de Derecho Privado, 1957.
- BOBBIO (N.), *A era dos direitos*, [trad. C.N. COUTINHO], Rio de Janeiro, Elsevier, 1992.
- BOBBIO (N.), *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, Roma, Riuniti, 1984.
- BOBBIO (N.), *O positivismo jurídico : lições de filosofia do direito*, [trad. M. Pugliesi, E. Bini et C. E. Rodrigues], São Paulo, Ícone, 1995.
- BOBBIO (N.), *Teoria do Ordenamento Jurídico*, [trad. A. M. Solon], Brasília, Ed. Unb, 1994.
- BOCKENFORDE (E.-W.), *Escritos sobre derechos fundamentales*, [trad. J. L. R. PAGÉS et I. V. MENÉNDEZ], 1^{er} édition, Baden-Baden, Nomos, 1993.

BOÉCIO (A. M. S.), *Escritos*, [trad. J. SAVAIN FILHO], São Paulo, Martins Fontes, 2005.

BOGG (A.), COSTELLO (C.), DAVIES (A. C. L.) et PRASSL (J.), *The autonomy of labour law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

BOISSARD (A.), *Contrat de travail et salariat : introduction philosophique, économique et juridique à l'étude des conventions relatives au travail dans le régime du salariat*, Paris, Bloud & C. Éditeurs, 1910.

BOLTANOLTANSKI THÉVENOT (L.), *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

BONAVIDES (P.) et ANDRADE (P.), *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES (P.), *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 9^{ème} édition, São Paulo, Malheiros, 2009.

BOUGRAT (R.), *L'obéissance hiérarchique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1934.

BOUTILLER (S.) et UZUNIDIS (D.), *Travailler au XXème siècle : nouveaux modes d'organisation du travail*, Paris, De Boek Supérieur, 2006.

BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Paris, La Documentation Française, 1998.

BETON (P.) et PROUX (S.), *L'explosion de la communication*, Paris, La Découverte, 2012.

BUREAU (P.), *Le contrat de travail : le rôle des syndicats professionnels*, Paris, F. Alcan, 1902.

BUSIA (G.) et LUCIANI (M.), *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Paris, Economica, 2001.

BUTARELLI (G.), *Banche dati e tutela della riservatezza - la privacy nella società dell'informazione - commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, n° 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

CAMPOS (C. H.), *O sonhar libertário*, Campinas, Ed. Unicamp, 1988.

CANOTILHO (J.-J.G.), *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil ? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*, São Paulo, Malheiros, 2001.

CANOTILHO (J.-J.G.), *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLINI (P.) et SORDI (B.) (dir.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002.

CARA (J. C. G.), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARACAUSI (A.), *Dentro la bottega, Culture del lavoro in una città d'età moderna*, Venise, Marsilio, 2008.

CARMONA-SCHNEIDER, (J.), RUZZA (R.) et ROUX (S.), *Le travail à distance. Analyses syndicales et enjeux européens*, Bruxelles, De Boeck Université, 1999.

CARPANO (E.) et MAZUYER (E.), *Les grands systèmes juridiques étrangers : Allemagne, Arabie Saoudite, Brésil, Chine, Egypte, États-Unis, Inde, Royaume-Uni*, Paris, Gualino-Lextenso, 2009.

CARRINO (A.), *Progresso e modernità, Il diritto nella società moderna*, Napoli, ESI, 1995.

CARVALHO (O.), *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, Atlântida, 1967.

CASSÍ (V.), *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1961.

CASTELLS (M.), *A sociedade em rede*, [trad. R. V. Majer], São Paulo, Paz e Terra, 2003.

CASTRO (C. S.), *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005.

CATALA (N.), *L'entreprise*, Paris, Dalloz, 1980.

CHASSIGNEUX (C.), *Vie privée et commerce électronique*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2004.

CHATELAIN (E.), *De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur*, Paris, Alcan, 1902.

CHIECO (P.), *Privacy e Lavoro - La disciplina del trattamento di dati personali del lavatore*, Bari, Cacucci Editore, 2000.

CONTERI (A.), *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1984.

CORDOVA (F.), *Le origini dei sindacati fascisti*, Roma, Laterza, 1974.

CORREIA (M. P.) *O caso Echelon: aspectos jurídicos*, In : J. O. Ascensão (dir.), *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, Coimbra Ed, 2002.

COSTA (J. M.), *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*, In *Diretrizes do novo código civil*, São Paulo, Saraiva, 2002.

CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, Milano, A. Giuffrè, 1952.

CRUZ (T.), *Sistemas, organização & métodos*, São Paulo, Atlas, 1997.

CURIEN (N.) et MUET (P.-A.), *La société de l'information*, Paris, La Documentation Française, 2004.

DALLARI (A. A.), *Perspectivas do Direito Público*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

DAVID (R.), *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, Paris, Institut d'Hautes Etudes de l'Amérique Latine, 1953.

DECEW (J.), *In pursuit of privacy : law, ethics, and the rise of technology*, Cornell, Cornell University Press, 1997.

DECKER (M.), *Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droit français, allemand et anglais*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

DENNINGER (E.), *Tutela ed attuazione del diritto nell'età tecnologica: Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, A. Giuffrè, 1991.

DESEGENS-PASANAU (G.), *La protection des données personnelles*, Paris, LexisNexis, 2015.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957.

DI MALTA (P.), *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 1961.

DOMÍNGUEZ (A. A.) et SÁNCHEZ (F. R.), *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.

DRUMMOND (V.), *Internet, privacidade e dados pessoais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

DUBY (G.) et ARIÈS (P.), *La vita privata*, Bari, Laterza, 2001.

DUCASSÉ (P.), *Histoire des techniques*, Paris, PUF, 1946.

DUFF (A.), *Information society studies*, London, Routledge, 2000.

DUFOUR (A.), *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991.

DUMON (F.), *Le Brésil : ses institutions politiques et judiciaires, sources, caractéristiques, évolution, comparaisons*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1964.

Dumont (L.), *Homo hierarchicus. Le système de castels et ses implications*, Paris, Gallimard, 1966.

DUTTON (W. H.), *Social Transformation in an information society: rethinking access to you and the world*, Paris, Unesco, 2004.

DWORKIN (R.), *Levando os direitos a sério*, [trad. N. BOEIRA], São Paulo, Martins Fontes, 2002.

EDELMAN (B.), *La personne en danger*, Paris, PUF, 1999.

ELLIS (D.), *The transatlantic slave trade: a database*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ELLUL (J.), *Changer de révolution, l'inéluctable prolétariat*, Paris, Le Seuil, 1982.

ENGELS (F.), *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, Madrid, Akal, 1976.

ESTEBAN (M. L. F.), *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

FALCÃO (R. B.), *Tributação e Mudança Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

FAORO (R.), *Os donos do Poder, Formação do patronato político brasileiro*, Porto Alegre, Globo, 1958.

FARIAS (E. P.), *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre, Fabris, 1996.

FAVOREU (L.), *L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit*, Paris, Economica, 1982.

FAYOL (H.), *Administration Industrielle et générale*, Paris, Dunod, 1999.

FIGUEIREDO (G. J. P.), *A propriedade no direito ambiental*, Rio de Janeiro, Adcoas, 2004.

FONS (D. M.), *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir : la naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

FREEDLAND (M.), *Data protection and employment in the European Union : an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*, Oxford, Oxford, 1999.

- FREITAS (T.), *Consolidação das Leis Civis*, São Paulo, Garnier, 1876.
- FREYRE (G.), *Casa Grande e Senzala*, Rio de Janeiro, Record, 1988.
- FRIEDMAN (T.), *Uma breve história do século XXI*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2005.
- FRIEDMANN (G.), *La crise du progrès : Esquisse d'une histoire des idées (1895-1935)*, Paris, Gallimard, 1936.
- FRIEDMANN (G.), *Problemas humanos del capitalismo industrial*, [trans. M. E. VELAS], Buenos Aires, Sudamérica, 1902.
- FROSINI (V.), *Contributi ad un diritto dell'informazione*, Napoli, Liguori, 1991.
- FROSINI (V.), *Potere: teoria generale*, Torino, Noviss. Digesto, 1992.
- FURTADO (E. T.), *Alteração do contrato de trabalho*, São Paulo, LTr, 1994.
- FURTADO FILHO (E. T.) *Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetividade das ações afirmativas*, São Paulo, LTr, 2013.
- GADAMER (H. G.), *Verdade e Método - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, [TRAD. E. P. GIACHINI], Petrópolis, Ed. Vozes, 1997.
- GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.
- GENY (F.), *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, Paris, Sirey, 1911.
- GERMAN (C.), *O caminho do Brasil rumo à era da informação*, São Paulo, Konrad Adenauer, 2000.
- GHERNAOUTI (S.) et DUFOUR (A.), *Internet*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017.
- GIL y GIL (J.L.), *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- GIRÓN (M. J.), ARUFE (A.) et VÁSQUEZ (X. C.), *Derecho del trabajo*, Madrid, Netbiblo, 2006.
- GOGLIN (J. M.), *La liberté humaine chez Thomas d'Aquin*, thèse École pratique des Hautes Études Section des Sciences Religieuses, 2010.
- GOLLAC (M.), WOLKOFF (S.) et WOLF (L.), *Les conditions de travail*, Paris, La Découverte, 2007.
- GOMES (J. M. V.), *Direito do Trabalho: relações individuais de trabalho*, Coimbra, Editora Coimbra, 2007.

GONÇALVES (M. E.), *Direito da informação: novos direitos e modos de regulamentação na sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2003.

GRAU (E. R.), *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2012.

GRIFFITHS (A.) et RIAL-GONZALEZ (E.), *Research on Work-Related Stress*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2000.

GRINBERG (K.), *Código Civil e cidadania*, São Paulo, Jorge Zahar, 2001.

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2012.

GUERRA (A.), *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, as alterações do Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004.

HABERLE (P.), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, [trad. J. B. CAMAZANO], Madrid, Dykinson, 2003.

HABERLE (P.), *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, [trad. E. LIKUNDA], Madrid, Tecnos, 2002.

HESSE (K.), *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, [trad. L. A. Heck], Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLANDA (S. B.), *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

JAMOULLE (M.), *Le contrat de travail*, vol. I, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982.

JHERING (R.V.), *Actio Injuriarum : lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, Paris, Librairie Marescq, 1888.

JONAS (H.), *Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1990.

KANT (E.), *Fondements de la métaphysique de mœurs*, [trad. V. DELBOS], Paris, LGF, 2001.

KAPLAN (A.), *From Krakow to Krypton : Jews and Comic Books*, Philadelphia : The Jewish Publication Society, 2008.

KLEIN (T.) et RAITER (D.), *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, Paris, La documentation française, 2012.

LACERDA (D.), *A falta grave no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Trabalhistas, 1989.

LACERDA (D. O.), *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*, Porto Alegre, Fabris, 2010.

LAMBERT (J.), *Le Brésil*, Paris, Armand Colin, 1953.

LAMBERT (J.), *Amérique Latine, Structures sociales et institutions politiques*, Paris, PUF, 1968.

LEAL (V. N.), *Coronelismo, enxada e voto*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

LEFÈBVRE (P.), *L'invention de la grande entreprise. Travail, hiérarchie, marché (France, fin XVIIIème- début XIXème siècles)*, Paris, PUF, 2003.

LEFÈBVRE (S.), *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

LEGA (C.), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1956.

LÉGAL (A.), GRESSAYE (J. B.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938.

LEGARVE (J. B.) et RIEFFEL (R.), *Les 100 mots des sciences de l'information et de la communication*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017.

LEGENDRE (P.), *L'Empire de la vérité*, Paris, Fayard, 1983.

LE GOFF (J.), *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

LE GOFF (J.), « Au Moyen-Âge : Temps de l'Église et temps du marchand », In : J. Le Goff (dir.), *Pour un autre Moyen-Âge : Temps, travail et culture en occident*, Paris, Gallimard, 1977.

LEPAGE (A.), *Les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 2007.

LEPAGE (A.), *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'internet, Responsabilité*, Paris, Litec, 2002.

LEROI-GOURHAN (A.), *Le Geste et la Parole I : Technique et langage*, Paris, Albin Michel, 1964.

LEROI-GOURHAN (A.), *Le Geste et la Parole II : La mémoire et les rythmes*, Paris, Albin Michel, 1965.

LÉVI-STRAUSS, *Le Totémisme aujourd'hui*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962.

LÉVY (P.), *Cybercultura*, [Trad. C. I. COSTA], São Paulo, Editora 34, 1999.

- LÉVY (P.), *World Philosophie : le marché, le cyberspace, la conscience*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000.
- LEWICKI (B.), *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, Québec, Université du Québec, 2002.
- LÓPEZ (M. F. F.), *Poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas, 1991.
- LOPEZ (R. T.), *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores, Análisi del estudo de la cuestión*, Madrid, Thomson Civitas, 2005.
- LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- LUGARESI (N.), *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 2000.
- LYON (D.), *The electronic eye : the rise of surveillance society*, United Kingdom, Polity Press, 1994.
- LYON-CAEN (A.), et LOKIEC (P.) (dir.), *Droits fondamentaux et social*, Paris Dalloz, 2005.
- MACHADO SEGUNDO (H. B.), *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Atlas, 2010.
- MAGANO (O. B.), *Do poder diretivo na empresa*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982.
- MANCINI (G. F.), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1957.
- MANTOVANI JÚNIOR (L.), *Direito Constitucional à intimidade e à vida privada e o poder diretivo do empregador*, São Paulo, LTr, 2010.
- MATIAS (J. L. N.) *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*, thèse Universidade de São Paulo, 2009.
- CARACUEL (M. R. A.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Madrid, Bomarzo, 2004.
- MARQUES (G.), MARTINS (L.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- MARQUES (G.), MARTINS (L.), *Direito da informática*, Coimbra, Almedina, 2000.
- MARTINS (L.), MARQUES (G.), DIAS (P. S.), *Cyberlaw em Portugal*, Lisboa, Centroalt, 2004.

- MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit Civil*, Paris, Sirey, 1967.
- MARX (K.), *L'introduction générale à la critique de l'économie politique I* [trad. M. HUSSON et G. BADIA], Paris, L'Altiplano, 2008.
- MARX (K.), *Le Capital I* [trad. J. ROY], Paris, Garnier-Flammarion, 1969.
- MASON (A. T.), *Brandeis: A free man's life*, New York, Viking, 1946.
- MATIAS (J. L. N.) et WACHOWICZ (M.), *Estudos de direito de propriedade e meio ambiente*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009.
- MATONI (L. F.), *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983.
- MATTELART (A.), *Histoire de la société de l'information*, Paris, La Découverte, 2009.
- MAZIÈRE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- MEIRELES (E.), *Abuso do direito na relação de emprego*, São Paulo, LTr, 2005.
- MENDES (G. F.), COELHO (I.M.), BRANCO (P.G.G.), *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2004.
- MENDES (G. F.), COELHO (I.M.), BRANCO (P.G.G.), *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2002.
- MENGONI (L.), *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985.
- MESQUITA (L. J.), *Direito disciplinar do trabalho*, São Paulo, LTr, 1991.
- MICHAEL (J.), *Privacy and human rights an international and comparative study, with special reference to developments in information technology*, Unesco et Dartmouth, 1994.
- MILL (J. S.), *De la liberté*, Québec, Université du Québec, 2002.
- MILLER (A.), *Assault on privacy*, Michigan, University of Michigan, 1971.
- MOINE (I.), *Les choses hors de commerce*, Paris, Bibliothèque de Droit Privé, 1999.
- MONATERI (G.), *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 2002.
- MONT'ALVERNE (T. C. F.), CASTELO BRANCO (F.) et MEIRELES (G. F.), *Soberania, fragmentação e pluralismo jurídico*, São Paulo, Cia do ebook, 2015.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Flammarion, 2013.

- MONTUSCHI (L.), *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1973.
- MORNET (M. N.), *La vidéosurveillance et la preuve*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- MORANGE (J.), *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007.
- MOURA (C.), *Dicionário da escravidão negra no Brasil*, São Paulo, Edusp, 2004.
- MUMFORD (L.), *La città nella storia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1964.
- NASCIMENTO (A. M.), *Ordenamento jurídico trabalhista*, São Paulo, LTr, 2013.
- NELSON (D.), *Managers and workers : origins of the new factory system in the USA (1880-1920)*, Madison, University of Wisconsin Press, 1975.
- NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon, Bosc frères, 1939.
- NOVAIS (J. R.), *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- NUNES (R. M.), *A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2011.
- OLIVEIRA (A. C.), *Revista pessoal de empregado*, São Paulo, LTr, 2011.
- ONG (W.), *Orality and Literacy : The Technologizing of the world*, Londres, New York, Methen, 1982.
- PACHÉS (F. V.), *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.
- PALAZZI (P. A.), *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad: Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2002.
- PARLATO (G.), *Il sindacalismo fascista. Dalla grande crisi alla caduta del régime (1930-1943)*, Roma, Bonacci editore, 1989.
- PEREIRA (A. D.), *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- PEREIRA (J. T. R.), *Compêndio jurídico da sociedade da informação: notas práticas, legislação e jurisprudência*, Lisboa, Quid Juris, 2004.
- PEREIRA (M. C.), *Direito à intimidade na internet*, Curitiba, Juruá Editora, 2004.

PEREIRA (A. D.), *Bases de dados de órgãos públicos*, Coimbra, Coimbra Ed, 2002.

PÉREZ-LUÑO (A. E. P.) *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

PÉREZ-LUÑO (A. E. P.), *Nuevas tecnologías, sociedade e derecho*, Madrid, Tecnos, 1987.

PERLINGIERI (P.), *La personalitá umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, EDI, 1982.

PIOVESAN (F.), *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Saraiva, 2011.

PINHEIRO (P. S.), HALL (M. A.), *Classe Operária no Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1981.

PIRES (F. E. O), PIZZOLANTE (A.), *Habeas data e bancos de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

PIOVESAN (F.), *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Saraiva, 2006.

PIZZORUSSO (A.) VARANO (V.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985.

PONTES DE MIRANDA (F. C.), *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, São Paulo, Forense, 1981.

RABAGLIETTI (M. F.), *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, A. Giuffrè, 1956.

RAMALHO (M. R. P.), *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2001.

RAMALHO (M. R. P.), *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Coimbra, Almedina, 1993.

RAMIRO (M. A.), *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant, 2006.

RAY (J. E.), *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Paris, Editions Liaisons, 2001.

REI (M. R.), *Esfera privada e cessação da situação jurídica laboral*, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1994.

REIS (D. M.), *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2010.

REIS (N.), *Alteração do Contrato de Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.

REVEL (J.), *Foucault, Conceitos essenciais*, São Carlos, Claraluz, 2005.

REZENDE (R. V. A.), *Delineamento constitucional do poder diretivo*, thèse Universidade de São Paulo, 2004.

RIBEIRO (L. G. C.), *A monitorização audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante*, São Paulo, LTr, 2008.

RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Louvain, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique, 1990.

RIPERT (G.), *Evolución y Progreso del Derecho*, Buenos Aires, E. J. E. A, 1961.

RIVERO (J.), SAVATIER (J.), *Droit du travail*, Paris, PUF, 1981.

RODOTÀ (S.), *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino, 1973.

RODOTÀ (S.), *Repertorio di fine secolo*, Bari, Laterza, 1999.

RODOTÀ (S.), *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.

ROIG (R. A.), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Editorial Debate, 1992.

ROIG-BATALLA (A.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa*, Valencia, Tirantlo Blanch, 2007.

ROMANO (S.), *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945.

ROMITA (A. S.), *A subordinação no contrato de trabalho*. São Paulo, Forense, 1979.

ROMITA (A. S.), *O poder disciplinar do empregador*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983.

ROUBIER (P.), *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.

ROXO (T. B. S. B. S.), *O poder de Controle empresarial: suas possibilidades e limitações- o caso das correspondências eletrônicas*, São Paulo, LTr, 2013.

RULE (J.) GREENLEAF (G.), *Global Privacy Protection : The First Generation*, Massachussets, Elgar, 2009.

SAICTELETTE (C.), *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1884.

SAMPAIO (J. A.), *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

SANSEVERINO (L. M. R.), *Del lavoro nell'impresa*, Torino, Torinese, 1973.

SANTORO PASSARELLI (F.), *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, Cedam, 1977.

SANTOS (A. J.), *Dano moral na internet*, São Paulo, Método, 2001.

SANTOS (W. G.), *Poder e Política: crônica do autoritarismo brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SARLET (I. W.), *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

SARLET (I. W.), *Dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

SARLET (I. W.), *Direitos fundamentais e direito privado : uma perspectiva de direito comparado*. Almedina, Coimbra, 2007.

SARLET (I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO (D.), *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public*, Paris, Pichon et Durant, 1950.

SAVINO (M.), *Il lavoro nei rapporti di diritto privato*, Torino, Edizione Litografica, 1950.

SCHIMIDT (J.), *Les 100 histoires de la mythologie grecque et romain*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

SCHNEIER (B.), *Segurança.com: segredos e mentiras sobre a proteção na vida digital*, Rio de Janeiro, Campus, 2001.

SEGAL (J.), *Le zéro et le un. Histoire de la notion d'information au XXème siècle, 2*, Paris, Éditions Matériologiques, 2011.

SEIN (J. L. G.), *El respeto a la esfera privada del trabajador : un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988.

SEIN (J. L. G.), *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Navarra, Thomson Civitas, 2007.

SÉRIEUX (A.), *Le droit naturel, Que sais-je ?*, Paris, PUF, 1993.

SILVA (J. A.), *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA (M. G.), *O dever de Prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, Livraria Cruz, 1944.

SILVA (V. A.), *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2005.

SIMÓN (S.L.), *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, São Paulo, LTr, 2000.

SIMONS (R.), *Performance and Measurement & Control Systems for Implementing Strategy : Text & Cases*, New Jersey Upper Saddle River , 2000.

SOUSA (R.V.A.C.), *O direito gera de personalidade*, Coimbra, Coimbra editora, 1995.

SOUZA (L.G.), *Direito agrário constitucional: origem da propriedade*, São Paulo, Atlas, 1999.

SOUZA (R.T.), *Função social do contrato de emprego*, São Paulo, LTr, 2008.

SPAGNUOLO VIGORITA (L.), *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storici-giuridici*, Morano, Napoli, 1967.

STERN (K.), *Derecho del estado de la republica federal alemana*, Madrid , Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Paris , PUF , 2011.

SUPIOT (A.), *Grandeur et misère de l'État social*, Fayard, Paris, 2013.

SUPIOT (A.), *La gouvernance par les nombres, cours au Collège de France (2012-2014)*. Paris, Fayard, 2015.

SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

SUPIOT (A.) (dir.) *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

SUPPIEJ (G.), *Il rapporto di lavoro: costituzione e svolgimento*, Cedam, Padova, 1982.

SZANIAWSKI (E.), *Direitos da personalidade e sua tutela*, São Paulo, RT, 1993.

TAYLOR (F. W.), *Princípios de administração científica*, trans. Arlindo Vieira Ramos, São Paulo, Atlas, 1990.

TELLES (I. G.), *Separata dos estudos em memória do prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, AAFLD, 1989.

TISSIER (A.), *Le Code civil et les classes ouvrières*. In : *Livre du Centenaire*, ed. Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2004.

THOMPSON (E. P.), *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, Paris, La Fabrique , 2004.

TOMÉ (H. C.), *Vida privada y datos personales : su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Madrid, Tecnos, 2000.

TROPLONG (R. T.), *De l'échange et du louage*, Bruxelles, Société topographique belge, 1845.

TURKINGTON (R.) ALLEN (A.), *Privacy law. Cases and materials*, Saint Paul , West Information Publishing Group , 2001.

UGUINA (M.), *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2002.

VÁLIO (M. R. B.), *Os direitos da personalidade nas relações de trabalho*, São Paulo, LTr, 2006.

VERPENEUX (M.), *Code civil et constitution(s)*, Paris, Economica, 2005.

VILHENA (P. E. R.), *Contrato de Trabalho com o Estado*, São Paulo, LTr, 1975.

VILLAZÓN (F.), *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

DE LISLE - ADAM (A.V.), *L'Ève Future. Arbre d'Or*, Genève, Arbre d'Or ,2004.

VITALIS (A.), *Informatique, pouvoir et libertés*, Paris, Economica, 1988.

VOLLE (M.), *L'économie*, Paris, Economica, 2000.

WACKS (R.), *Personal Information*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

WESTIN (A.), *Privacy and freedom*, New York, Atheneum, 1967.

WEYNE (B. C.), *O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*, São Paulo, Saraiva, 2013.

WHITAKER (R.), *El fin de la privacidad : como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad. Tradução de Luis Prat Clarós*, Barcelona, Paidós, 1999.

WIECKER (F.), *História do direito privado moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WIENER (N.), *Cybernetique et société*, Paris, Deux Rives, 1954.

WIENER (N.), *La cybernetique : Information et régulation dans le vivant et la machine*, Paris, Seuil, 2014.

XAVIER (B. G. L.), *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho anotado*, Coimbra, Atlântida, 1969.

ZANELLI (P.), *Nuove tecnologie: legge e contrattazione collettiva*, Milano, Giuffrè, 1993.

ZANINI (L. E. A.), *Direitos da Personalidade*, São Paulo, Saraiva, 2011.

ZERGA (L. P.), *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 2007.

3 Articles de revues ouvrages collectifs

ABREU (L. L.), « O direito à intimidade x revista pessoal do empregado », *Revista Bonjuris*, nº 509, 2006.

AIMO (A. M.), « Il trattamento dei dati personali del lavoratore: la legge sulla privacy e lo Statuto dei lavoratori », *Contratto e Impresa/Europa*, nº 3, 1998.

ALEXY (R.), « Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade », *Revista de Direito Privado*, nº 24, 2005.

ALMEIDA (P. R.) « As relações internacionais na ordem constitucional », *Revista de informação legislativa*, Nº 110, 1989.

ALVES (C.), « Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas », *Revista Jurídica*, nº 330, 2005.

AMARAL (F.), « O direito civil na pós-modernidade. Revista Brasileira de Direito Comparado », nº 21, 2002.

AUBRY (M.) et REMY (P-L), « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles Technologies », *Droit Social*, nº 6, 1992, pp. 522-524.

BADHAM (R.), « The Sociology of Industrial and Post-Industrial Societies », *Current Sociology*, nº 1, 1984.

BARROSO (L. R.), « Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro, Direito e Democracia », *Revista da EMERJ*, vol. 4, n. 15, 2001, pp. 11-47.

BARROSO (L. R.), « Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil », *Themis, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, vol. 4, nº 2, 2006, pp. 13-100.

BATIFFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée », *Arch. Ph. Dr.t.* XIII, 1968, p. 13 et s.

BELLAVISTA (A.), « I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavatore », *DL*, vol. 1, nº 3, 2002.

BELLAVISTA (A.), « Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d. lgs », *RGL*, vol. 1, nº 276, 2004.

BERNSTEIN (A.), « Foreword : What We Talk About When We Talk About Workplace Privacy », *Louisiana Law Review*, vol. 66, 2006, pp. 923-943.

BETHEL (L.) et Castro (C.), « Politics in Brazil under the Military Rule, 1964-1985 », In : L. Bethel (dir.), *Brazil since 1930*, New York, Cambridge University Press, 2008.

BLAGOJEVIC (B. T.), « Droit comparé - méthode ou science », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 5, nº 4, 1953, pp. 649-657.

BLANQUER (J. M.), « Le droit brésilien et l'originalité des droits d'Amérique Latine », *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 2, nº 2, 2007.

BLOUSTEIN (E.), « Privacy as an aspect of human dignity : an answer to Dean Prosser », *New York University Law Review*, Vol. 39, 1964, pp. 962-1007.

BRENNER (S.), « The privacy privilege: law enforcement, technology and the constitution », *University of Florida Journal of Tecnology law & policy*, vol. 7, n° 2, 2003, pp. 124-190.

BRODERICK (A.) « La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. Phil. Dr.*, vol. 13, 1968, pp. 143-160.

BROWN (W. S.), « Ontological Security, Existential Anxiety and Workplace Privacy », *Journal of Business Ethics*, vol. 23, n°1, 2000, 61-65.

BUTTS (M.), BECKER (W. J.) et BOSWELL (E. R.), « Hot buttons and time sinks : The effects of electronic communication during nonwork time on emotions and work-nonwork conflict », *Academy of Management Journal*, 2015 ;(58).

CABRAL (R. A.), « O direito da intimidade da vida privada », In : I. G. Telles (dir.), *Separata dos estudos em memória do prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, AAFLD, 1989.

CAIRE (G.), « Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et la recomposition du travail », in : S. Boutiller et D. Uzunidis, *Travailler au XXème siècle : nouveaux modes d'organisation du travail*, Paris, De Boek Supérieur, 2006.

CANAL-FORGUES (E.), MONT'ALVERNE (T. C. F.) et SILVA (A. R.), « L'application des conventions environnementales au Brésil ». In : E. Canal-Forgues (dir.), *Démocratie et diplomatie environnementales*, Paris, A. Pedone, 2015.

CARVALHO (A. Y.), MENDONÇA (M. J.) et SILVA (J. J.), « Avaliando o efeito dos investimentos em telecomunicações sobre o PIB », *Texto para discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília et Rio de Janeiro, IPEA, 2017.

CHARTERS (D.), « Electronic Monitoring and Privacy Issues in Business-Marketing : the ethics of the doubleclick experience », *Journal of Business Ethics*, vol. 35, 2002, pp. 243-254.

CLAXTON (M.), « La culture et la technologie dans l'équation du développement », In : A. Arfwedson (dir.), *Dossier d'information sur le thème de la Décennie pour 1994 : Culture et Développement*, Paris, UNESCO, 1994.

COLLINS (H.), « Methods and Aims of Comparative Contract Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 11, n° 3, 1991, 396-406.

COLLOMP (E.), « La vie personnelle au travail », *Droit Social*, n° 1, 2010.

COMBREXELLE (J. D.), « Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication. Conclusions », n° 1, *Droit Social*, 2002, pp. 103 et s.

COTTEREAU (A.), « Droit et bon droit. Un droit des ouvrières instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », In : *Annales Histoire, sciences sociales*, n° 6, 2002.

GOSDAL (T. C.), « Antecedentes criminais e discriminação no trabalho », *Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, vol. 49, n° 1, 2003.

CUCHE (P.), « Rapport de dépendance, élément constitutif du droit du travail », *RCLJ*, n° 1, 1913, pp. 412. 537.

D'ARCANGELO (L.), « Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro », *RGLPS*, vol. 71, n° 1, 2003.

DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », In : A. Wald et C. Jauffret-Spinosi, *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2005.

DAVID (R.), « Structure et idéologie du droit brésilien », *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, n° 17-18, 1954, pp. 7-20.

DEAN (S.), « Drittwirkung », In : J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials et F. Sudre, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

DELECROIX, « Le contrat de travail. Étude des propositions de loi concernant les ouvriers mineurs », *Revue de la législation des mines*, sans numéro, 1885, pp. 65-124.

DELOS (J. T.), « La théorie de l'institution – la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Arch. Ph. Dr.*, n° 1-2, 1931.

DENNINGER (E.), « Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno », *Doxa*, n° 14, 1993, pp. 359-377.

DERANI (C.), « A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social », *Revista de Direito Ambiental*, n° 2, 2002.

DILLON (T. W.), HAMILTON (A. J.), THOMAS (D. S.) et USRY (M. L.), « The importance of Communicating Workplace Privacy Policies », *Employ Respons Rights*, vol. 20, n° 2, 2008, pp. 119-139.

FAVENNEC-HÉRY (F.), « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Droit Social*, n° 1, 2004.

FENNETEAU (H.) et NARO (G.), « Contrôle et confiance dans l'entreprise virtuelle. Illustrations logistiques », *Revue française de gestion*, n° 3, 2005.

FESTAS (D. O.), « O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do trabalho », *ROA*, n° 2, 2004.

FICKER (H.), « L'état du droit comparé en Allemagne », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 1958, pp. 701-718.

FINKIN (M. W.), « Menschenbild : the conception of the employee as a person in Western Law », *Comparative Labor & Pol'y Journal*, n° 23, 2002.

FLETCHER (G.), « Comparative Law as a Subversive Discipline », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n° 4-1, 1988.

FURTADO (E. T.), « Princípios e hermenêutica do direito constitucional », *Nomos*, n° 28, 2008.

GHEORGHE-BADESCU (I.), « Le nouveau règlement général sur la protection des données », *Revue de l'Union Européenne*, n° 2, 2016.

TRUDEAU (G.) « En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle », *Droit Social*, n° 1, 2010.

GLENN (P.), « Quel droit comparé ? », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, vol. 43, n° 1, 2013.

GOMES (M. J. C.), « O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador », *Boletim do Ministro da Justiça*, n° 319, 1982.

GOÑI SEIN (J. L.), « Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial : debilidad y fisuras del principio de proporcionalidade », *Revista de Derecho Social*, vol. 32, 2005.

HAMON-CHLOET (S.), ROUGERIE (C.), « La charge mentale au travail : des enjeux complexes pour les salariés », *Économie et statistique*, n° 339, 2000.

Hauriou (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, vol. IV, 1925.

HEITZ (M.) et DOUARD (J.-P.), « Stress au travail, la gestion du temps incriminée. La gestion du temps dans l'entreprise contemporaine : un apport réflexif sur le contexte actuel, les façons de l'appréhender et de le réguler », In : P. Bardelli, *La souffrance au travail : quelle responsabilité de l'entreprise ?*, Paris, Armand Colin, 2012.

HERZOG (J. B.), « Éléments d'histoire du droit brésilien », *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, n° 25-28, 1956, pp. 7-12.

JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 57, n° 1, 2005.

JARRIAGE (F.) et CHALMIN (C.), « L'émergence du contremaître.

L'ambivalence d'une autorité en construction dans l'industrie textile française (1800-1860) », *Le Mouvement Social*, vol. 221, n° 3, 2008.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « La circulation du modèle juridique français », *Rapport des journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant de 1993, Travaux de l'Association, no. XLIV*, Paris, Litec, 1994.

KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques », *RTD, civ.*, n° 69, 1971.

KOTZ (H.), « Comparative Law in germany Today », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 1999.

KRAUSZ (M.) et SAGIEE (A.) et BIDERMAN (Y.), « Actual and Preferred World Schedules and Scheduling Control as Determinant of Job-Related Attitudes », *Journal of Vocational Behaviour*. Vol. 56, 2000.

LALLANA (C. O.), « Derechos fundamentales y relaciones laboral », *RMTAS*, vol. 13, 1998.

LEFÈVRE (P.), « Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprise et histoire*, n° 4, 2009.

LEITE (M. P.), SALES (C.), « Trabalho e desigualdades no Brasil : desafios e contradições do atual modelo de desenvolvimento », *Idées d'Amérique, Crise ou transformation du monde du travail dans les Amériques*, n° 5, 2015.

LIMA (F. G. M.), « Incoerências do modelo sindical brasileiro », *Labor*, n° 6, 2015.

LOPEZ (B.), « La société de l'information. Promesse du futur ou slogan néolibéral ? », *Médias pouvoir*, n° 43, 1996.

LOSCHAK (D.), « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Droit Social*, n° 1, 1981.

LYON-CAEN (G.) « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *SSL*, n° 15, 2001.

LYON-CAEN (G.), « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. Ph. Dr.*, vol. 13, 1968.

MAIA (A. C.), « Sobre a analítica do poder de Foucault. Tempo Social », *Revista da Universidade de São Paulo*, n° 7, 1995.

MATIAS (J. L. N.), « O fundamento econômico e as novas formas de propriedade », In : J. L. N. Matias et M. Wachowicz, *Estudos de direito de propriedade e meio ambiente*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009.

MALLET (E.), « Direitos da personalidade e direito do trabalho », *Revista LTR*, vol. 68, 2004.

MALLET (E.), « Apontamento sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n° 9, 2009.

MELKA (J.) et NAYMAN (L.), « TIC et productivité : une comparaison internationale », *Economie internationale*, N° 2, 2004.

MELLO (C. A. B.), « Novos aspectos da função da propriedade no Direito Público », *Revista de Direito Público*, n° 84, 1984.

MEGONI (L.), « Diritto e técnica », *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 2, 2001.

MÉREAUX (J. P.) et FEIGE (J.), « Changement organisationnel « responsable » et outils de gestion stratégique du capital humain. Enseignements d'une recherche-intervention menée au sein d'une PME », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 5, 2015.

METALLIONS (N.), « Maîtriser le risque Information et Libertés – la mise en place du correspondant à la protection des données personnelles », *Droit Social*, n° 4, 2004.

MEULDERS-KLEIN (M. T.), « Vie privée, vie familiale et Droits de l'homme », *RIDC*, n° 4, 1992.

MILLER (S.), WECKERT (J.), « Privacy, the Workplace and the Internet », *Journal of Business Ethics*, vol. 28, 2000.

MIRRA (A. V.), « Princípios fundamentais de direito ambiental », *Revista de Direito Ambiental*, n° 2, 1996.

MONACO (M. P.), « L'obbligo di riservatezza delle persone giuridiche e la prestazione fedele : un percorso di lettura », *RIDL*, n° II, 2001.

MORO (L. C.), « A internet nas relações de trabalho e limites às condutas de patronais e de empregados », *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo*, n° XXXII, 2012.

MUL (J.), « De Homo erectus à Homo Sapiens : le cyber espace pour les Darwinistes », *Cahiers Sens Public*, n° 3, 2008.

NEWMAN (N.) et all., *Digital News Report 2017 Oxford : Reuter Institute for the Study of Journalism and Oxford University ; 2017.*

NOLAN (D. R.), « Privacy and Profitability in the Technological Workplace », *Journal of Labor research*, n° 2, 2003.

OLIVIER (D.), « Droits fondamentaux (notion et théorie) », In : *Dictionnaire des droits de l'homme*, ed. Andriantsimbazovina J ; Gaudin H, Marguénaud J-P ; Stéphane R et Frédéric S. Paris : PUF, 2008.

OXAMAN, (S. A.), « Exemptions to the Europea Union Personal Data Privacy Directive : will they swallow the directive ? », *Boston College International & Comparative Law Review*, n° 24, 2000.

PANEBIANCO (M.), « Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali », *Diritto e Società*, N° 2, 2000.

PÉREZ-LUÑO, (A. E.), « La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978 », *Revista de Estudios Políticos*, n° 9, 1979.

PESSI, « Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970 », *Riv. Lav.*, vol. 300, 1973.

PFERSMANN, (O.), « Fonction interprétative et fonction critique. Le droit comparé comme interprétation et comme théoris du droit », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 2, 2001.

PICARD (E.), « L'état du droit comparé en France en 1999 », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 51, n° 4, 1999.

PICCITTO (G.), « Vivere i « cattivi lavori ». Esperienze occupazionali di giovani instruiti nei fast food e nei call center », *Sociologia del lavoro*, vol. 138, 2015.

PIERRE-DOMINIQUE, (O.), « Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail », *Droit Social*, n° 9-10, 1967.

PINTO (P. C. C. M.), « A proteção da privacidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Jurisprudência Constitucional », n° 10, 2006.

PINTO (P. M.) « Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro », *Revista Jurídica*, vol. 51, 2003.

PINTO (P. M.) « O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, *Boletim da Faculdade de Direito* », n° 69, 1993.

POLICELLA (E. O.) « Il controllo dei dipendenti tra Codice privacy e Statuto del lavoratori », *LNG*, n° 10, 2004.

PRATES (G. A.) et OSPINA (M. T.), « Tecnologia da informação em pequenas empresas: fatores de êxitos, restrições e benefícios », *Revista da Administração Contemporânea*, n° 2, 2004.

PROSSER (W.), « Privacy », *California Law Review*, n° 48, 1960.

RADE (C.) « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Droit Social*, n° 1, 2002.

RAMIRO (M. S. M.), GONZÁLES (J. M.) et GAYO, (M. R.), « Protección de datos personales, privacidad y vida privada : la inquietante búsqueda de un equilibrio global », *Revista derecho*, N° 30, 2017.

RAY (J.-E), « Avant-propos de la sub/ordination à la sub/organasation » *Droit Social*, n° 1, 2002.

RAY (J.-E), « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Droit Social*, n° 1, 2010.

RAY (J.-E), « Facebook, le salarié et l'employeur », *Droit Social*, n° 2, 2011.

RAY (J.-E), « Métamorphoses du droit du travail », *Droit Social* n° 12, 2011.

RAY (J.-E), « Nouvelles Technologies, nouveau droit du travail ? » *Droit Social*, n° 6, 1992.

REID D. « Genèse du Fayolisme », *Sociologie du Travail* vol. 19, n° 2, 1986.

REIMANN (M.), « The Progress and Failure of Comparative Law on the Second Half of the Twentieth Century », *The American Journal of Comparative Law*, n° 4, 2002.

REINHARD (H.-J.), « Vías de aplicación », In : A. Jurado, *Tecnología Informática y privacidad de los trabajadores*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2003.

REITZ (J. C.), « How to comparative law », *The American Journal of Comparative Law*, n° 4, 1988.

RESTA (E.), « Il diritto, la libertà, la tecnica », *Rivista Critica del Diritto Privato*, n° 1, 2001.

RIGAUX (F.), « La liberté de la vie privée », *RIDC*, vol. 42, 1991.

RIGAUX, (F.) « L'élaboration d'un « right of privacy » par la jurisprudence américaine », *RIDC*, n° 4, 1980.

RODOTÀ (S.), « Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione di dati personali », *RCDP*, n° 4, 1997.

RODOTÀ (S.), *Un Codice per l'Europa ? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in : *Codici. Una riflessioni di fine millennio. Paolo Cappellini. Bernardo Sordi (orgs.)*. Milano, Giuffrè, 2002.

RODRIGUES (R. A. S.), « Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana », *Seara Filosófica*, n° 5, 2012.

- ROPPO (E.), « Informatica, tutela della “privacy” e diritti di libertà », *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXXXVI, 1984.
- ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », *Arch. Phil. Dr.*, vol. 117, n° 5, 1960.
- SANTINI (F.), « La corrispondenza elettronica aziendale tra diritto alla riservatezza e potere di controllo del datore di lavoro », *ADL*, n° 3, 2007.
- SAVATIER (J.), « La liberté dans le travail », *Droit Social*, n° 1, 1990.
- SAVATIER (J.) « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Droit Social*, n° 1, 1982.
- SEFIANE, (I.) « La « société de l’information » : entre résurgence et oubli d’un concept cybernétique », *Études de communication*, n° 1, 2015.
- SILVA (V. M. P. D. P.), « Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias », *Revista de Direito Público*, vol. 82, 1987.
- SIMIONI (O.), « Un nouvel esprit pour le capitalisme : la société de l’information ? », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 123, n° XL, 2002.
- SIMITIS (S.) « From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data : policies and constraints of the European Union », *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 366, n° 19, 1998.
- SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit Social*, n° 2, 2000.
- SUPITO (A.), « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit Social*, n° 6, 1990.
- SUPIOT (A.), « Travail, droit et technique », *Droit Social*, n° 13, 2012.
- SUSAN (G.), « Electronic databases and privacy : policy for the 1990s », In : *Science, Technology, Human Values*, n° 3, 1989.
- SZTAJN (R.), « Função social do contrato e direito da empresa », *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 139, 2005.
- TAVARES (A. L. L.), « A utilização do direito comparado pelo legislador », *RC Pol*, vol. 33, 1987.
- TEYSSIE (B.), « L’interlocuteur des salariés », *Droit Social*, n° 1, 1982.
- TORRICE (A.), « Il diritto alla riservatezza del lavoratore e la disciplina contenuta nell’articolo sulla protezione dei dati personali », *D&L – Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, n° 3-5, 2005.
- VALTAT (JC.), « Reproduction, simulation, performance. L’Ève future de

- Villiers de l'Isle-Adam », *Tracés : Revue de Sciences Humaines*, n° 16, 2009.
- VEIGA (A.) et Rodrigues (BS.), « A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrónicas », *Raízes Jurídicas*, n°1 , 2007.
- VERPEAUX (M.), « Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit », *RFDA*, n° 6, 2014.
- VILLARINO (F.), « La aplicación de los medios telemáticos em las relaciones de trabajo. Tratamiento jurídico vigente, in derecho y conocimiento », *Derecho y conocimiento*, n° 2, 2005.
- VOSS (W. G.), « Le concept de données à caractère personnel : divergences transatlantiques », *Dalloz IP/TI*, n° 3, 2016.
- WATT (H. M.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, n° 3, 2000.
- WALD (A.), « Le droit comparé au Brésil », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 1999.
- WALD (A.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2005.
- WARREN (S.) et BRANDEIS (L.), « The right to privacy », *Harvard Law Review*, n° 4, 1890.

4 Sites internet

- ARANDA (J. T.), « Aula ministrada na Disciplina: Reforma Trabalhista, experiência Espanhola », *Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2008. Disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=4gPi2A5o9G>. Accédé le 10 mars 2018.
- BENTHAM (J.), *Panoptique*, Paris, Ordre de l'Assemblée Nationale, 1791. Disponible sur : <http://palimpsestes.fr/textesphilo/bentham/Panoptique.pdf>. Accédé le 12 mars 2018.
- CONSTANT (B.) *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes : discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, 1819*. Disponible sur <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>. Accédé le 12 fev. 2015.
- CORDEIRO (A. M.), *Da situação jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do direito do trabalho*, [cité]. Disponible sur <https://portal.oa.pt/upl/%7Bb767a9cd-bf68-4a96-826b-56a4da452efe%7D.pdf>. Accédé le 10 juin 2015.

LAROUSSE, Dictionnaire Larousse en ligne, Paris, Larousse. Disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>. Accédé le 30 dez 2016.

OPICE BLUM (R. M. S.), *O monitoramento de e-mails e a decisão do TST. Publicado no sítio do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática.* Disponible sur : http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=452&acao=lendo. Accédé le 30 jan 2016.

VIANNA (T. L.), « Violação à privacidade: quero monitorar os e-mails dos ministros do TST! », *Conjur* Disponible sur : http://www.conjur.com.br/2005-mai-18/quero_monitorar_e-mails_ministros_tst. Accédé le 21 mai 2015.

5 Jurisprudence

- **A : Jurisprudence du Brésil**

1 : Jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral

STF, 07 juin 1966, RE158.215-RS, Marco Aurélio.

STF, 05 mai 1976, RE18.331, Orozimbo Nonato.

STF, 10 novembre 1994, HC71272-RS, Marco Aurélio.

STF, 01 septembre 1995, RE160.222RJ, Sepúlveda Pertence.

STF, 10 avril 1996, RE158215/RS, Marco Aurélio.

STF, 29 octobre 1996, RE161243/DF, Carlos Veloso.

STF, 15 mai 1998, HC76.060/SC. Sepúlveda Pertence.

STF, 16 avril 1999, MS n° 23452-RJ, Celso de Mello.

STF, 20 avril 1999 ADI1.158-AM, Celso de Mello.

STF, 17 juin 1999, MS:23466DF, Sepúlveda Pertence.

STF, 21 juin 2000, RE251.445-4/GO Marco Aurélio.

STF, 17 octobre 2003, HC82424/RS, Marco Aurélio.

STF, 02 avril 2007, RHC90.376/RJ, Celso de Mello.

STF, 14 octobre 2008, SL:228CE, Gilmar Mendes.

STF, 21 octobre 2008, STA:238TO, Gilmar Mendes.

STF, 08 juin 2010, HC91.610, Gilmar Mendes.

STF, 18 avril 2011, RE:476361SC, Dias Toffoli.

STF, 08 février 2012, MS:28003DF, Ellen Gracie.

STF, 26 février 2013, RMS:28487DF, Dias Toffoli.

STF, 21 mars 2013, Rcl:13691PR, Cármen Lúcia.

STF, 25 septembre 2013, ARE:763583CE, Cármen Lúcia.

STF, 29 octobre 2013, RE:440028SP, Marco Aurélio.

STF, 11 novembre 2013, MS:26756DF, Luiz Fux.

STF, 27 mai 2014, ARE:694436PI, Gilmar Mendes.

STF, 03 juin 2014, MS:29148DF, Teori Zavascki.

STF, 26 août 2014, ARE:827239PE, Cármen Lúcia.

STF, 02 octobre 2014, ARE:814135MG, Roberto Barroso.

STF, 22 octobre 2014, RE:836137RN, Roberto Barroso.

STF, 06 novembre 2014, ACO:1822PE, Celso de Mello.

STF, 04 février 2015, AgRSL:764AM, Ricardo Lewandowski.

STF, 02 septembre 2015, AR891647SP0064436, Celso de Mello.

STF, 20 novembre 2015, MC-Rcl22328RJ, Roberto Barroso.

STF, 10 mai 2017, ARE:1043693DF, Ricardo Lewandowski.

STF, 09 octobre 2017, Rcl:28586RJ, Luiz Fux.

2 : Tribunal supérieur du Travail

TST, 18 mai 2005, RR:613002320005100013, João Oreste Dalazen.

TST, 30 avril 2008, AIRR:91407620025010053 Rosa Maria Weber Candiota da Rosa.

TST, 04 juin 2008, AIRR:1542402420055020055, Ives Gandra Martins Filho.

TST, 28 octobre 2008, AIRR:1640408620035010051, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

TST, 26 novembre 2008, AIRR:1649005720015030001, Pedro Paulo Manus.

TST, 04 décembre 2008, E-ED-RR:899007520055220003, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

TST, 18 octobre 2009, RR7177.2001.003.09.0020, Maria Cristina Peduzzi.

TST, 05 novembre 2009, RR280001020095110019, Cláudio Brandão Mascarenhas.

TST, 11 novembre 2009, RR:22112211/2017-202-04-00.9, Rosa Maria Weber.

TST, 12 août 2011, RR28000.10.2009.5.11.0019, Maria de Assis Calsing.

TST, 12 octobre 2011, RR:28000-10.2009.5.11.0019, Maria de Assis Calsing, 12/08/2011.

TST, 19 octobre 2011, RR:4272008820095120050, Emmanoel Pereira.

TST, 26 octobre 2011, RR1525400.162006.5.09.0007, Luiz Philippe Vieira de Melo Filho.

TST, 02 mai 2012, RR:1043005220085150143, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

TST, 01 mars 2013, RR90340-49.2007.5.05.0464, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

TST, 15 mai 2013, RR:2673006420035070003, José Roberto Freire Pimenta.

TST, 27 septembre 2013, RR:1873000720075040202, José Roberto Freire Pimenta.

TST, 23 avril, 2014, RR2249000620135130007, Katia Magalhães Arruda.

TST, 04 juin 2014, RR:8254620125040402, Mauricio Godinho Delgado.

TST, 26 septembre 2014, RR:630006020065020073, Katia Magalhães Arruda.

TST, 15 avril 2015, RR:923007020135130023, Cláudio Mascarenhas Brandão.

TST, 29 avril 2015, RR:27749720125020067, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

TST, 29 avril 2015, RR:8522320125030025, Aloysio Corrêa da Veiga.

TST, 21 novembre, 2015, AIRR:6073820115020263, Hugo Carlos Scheuermann.

TST, 05 octobre 2016, AIRR:9055620145050161, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

TST, 10 octobre 2016, RO:124041720125010000, Mauricio Godinho Delgado.

TST, 22 novembre 2017, RR:16844020105090678, José Roberto Freire Pimenta.

TST, 29 novembre 2016, RO:5833920145120000, Douglas Alencar Rodrigues.

TST, 13 septembre 2017, RR13563020125190010, João Brito Pereira.

TST, 14 novembre 2017, RR:2431001720095090006, Cláudio Mascarenhas Brandão.

TST, 11 octobre 2017, RR:14210057220125170131, Cláudio Mascarenhas Brandão.

TST, 07 novembre 2017, RR:11637120115090028, Alexandre de Souza Agra Belmonte.

TST, 22 novembre 2017, RR:106267120135190001, Guilherme Augusto Caputo Bastos.

TST, 29 novembre 2017, RR:6902320155050007, Kátia Magalhães Arruda.

TST, 06 décembre 2017, RR:210875820145040010, Mauricio Godinho Delgado.

TST, 13 décembre 2017, RR:10888320145050013, Douglas Alencar Rodrigues.

TST, 18 décembre 2017, RR:5753620105050020, Maria Helena Mallmann.

TST, 19 décembre 2017, RR:8588920125090016, Alexandre de Souza Agra Belmonte.

3 : Autres Tribunaux du Brésil

Tribunal supérieur de justice, 26 octobre 2016, REsp:1609444SP, Reynaldo

Soares da Fonseca.

Tribunal supérieur de justice, 15 octobre 2017, REsp:1431606SP, Paulo de Tarso Sanseverino.

Tribunal supérieur de justice, 16 octobre 1999, RESP n° 221757/SP, Ruy Rosado de Aguiar. Brasília.

Superieur Tribunal Militaire, 31 octobre 2017, AP:00001549720167120012AM, Lúcio Mário de Barros Góes.

Superieur Tribunal Militaire, 03 octobre 2017, AP:00000912120157110211DF, Cleonilson Nicácio Silva.

Tribunal supérieur Electoral, 20 novembre 2016, RESPE:00001263720156210000, Luciana Lóssio.

Tribunal régional du travail, 1^{ère} région, 03 février 2016, RO:00100346820145010041, Rogério Lucas Martins.

Tribunal régional du travail, 2^{ème} région, 05 avril 2008, RO 01306-2006-391-02-00-2, Carlos Francisco Berardo.

Tribunal régional du travail, 2^{ème} région, 18 août 2015, RO:000119305020125020067, Ricardo Artur Costa e Trigueiros.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 14 septembre 2017, RO00000196620155020303, Rilma Aparecida Hemérito.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 21 juin 2016, RO:01267201413403007, Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 05 avril 2008, RO00789-2007-076-03-00-6, Heriberto de Castro.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 14 octobre 2004, RO00205-2004-043-03-00-9, Taísa Maria Macena de Lima.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 25 octobre 2004, RO 00117-2004-044-03-00-3, Alice Monteiro de Barros.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 23 octobre 2015, RO00685-2013-089-03-00-6, Maria Stela Alvares da Campos.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 09 novembre 2000, RO:167189916718/99, Sebastião Geraldo de Oliveira.

Tribunal régional du travail, 3^{ème} région, 18 décembre 2012, RO:00877201203703002, Heriberto de Castro.

Tribunal régional du travail, 5^{ème} région, 01 octobre 2013, RO:00012422820115050039BA, Lourdes Linhares.

Tribunal régional du travail, 7^{ème} région, 05 avril 2008, RO00789-2007-076-03-00-6, Heriberto de Castro.
, 29 octobre 2010, RO: 36003520085070032CE, José Antônio Parente da Silva.

Tribunal régional du travail, 8^{ème} région, 05 avril 2008, RO00789-2007-076-03-00-6, Heriberto de Castro.

Tribunal régional du travail, 8^{ème} région, 19 janvier 2007, RO296320052904, Sueli El-Rafihi.

Tribunal régional du travail, 9^{ème} région, 18 septembre 2007, RO00904-2006-071-09-00-7, Ubirajara Carlos Mendes.

Tribunal régional du travail, 10^{ème} région, 16 mai 2012, RO1610201101510006, Douglas Alencar Rodrigues.

Tribunal régional du travail de la 12^{ème} région, 16 novembre 2017, RO:00049363220155120051SC, Narbal Antônio de Mendonça Fileti.

Tribunal régional du travail, 20^{ème} région, 20 novembre 2017, RO00005943820175200001, Fábio Túlio Ribeiro.

Tribunal régional fédéral, 20^{ème} région, 27 juillet 2005, AC: 9347 RS 2000.71.00.009347-0, João Batista Pinto Silveira.

Tribunal de Justice, Minas Gerais, 02 mars 2016, AC10000160015046001, Alexandre Santiago.

Tribunal de Justice, Minas Gerais, 09 octobre 2017, ADI10000150728558000MG, Wandern Marotta.

Tribunal de Justice, Rio Grande do Sul, 22 janvier 2013, AC:70051329225 RS, Leonel Pires Ohlweiler.

Tribunal de Justice, Rio Grande do Sul, 22 novembre 2017, AC:70071566343RS, Carlos Eduardo Richinitti.

B : Jurisprudence française

Tribunal Civil de la Seine, 16 juin 1858, D.P.,1858.3.62.

CA Paris, 13 mars 1965, JPC 1965, II, 14223.

CA, 8 mars 1966, JPC 1967, II, 14934.

CA, Paris 27 février 1967, aff. Brigitte Bardot : D.1967, 450.

Cass. Soc., 13 novembre 1996, n°94-13187, Bull. Civ. V, n° 386 .

Cass. Soc., 10 juillet 2002, SS Lamy, n 1100.

TGI Paris, 31 Mars 2006, RJS 2006, n 912.

Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ., V, n° 386; pourvoi n° 94-13187.

C : Jurisprudence allemande

BVerfGE, 16 janvier 1957, Elfes, 6, 32.

BVerfGe, 15 décembre 1983, Volkszählung, 65, 1.

BVerfGe, 15 janvier 1970, Ehescheidungsakten, 27, 344-350.

BVerfGe, 24 mai 1977, Durchsuchung Drogenberatungsstelle, 44, 353-372.

BVerfGE, 09 octobre 1984, Laternengarage, 67, 69-82.

BVerfGE, 14 octobre 1987, Einstweilige Anordnung, 77, 121-125.

BVefrGE, 09 mars 1988, Öffentliche Bekanntmachung der Entmündigung, 78, 77.

BVerfGE, 14 septembre, 1989, Tagebuch, 80, 367-374.

BVerfGE, 24 juin 1993, MPU wegen Haschischkonsums, 89, 69-82.

BVerfGE, 24 mars 1998, 97, Mißbrauchsbezeichnung, 391-399.

D : Jurisprudence internationale

1 : Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 02 août 1984, Malone c. Royaume-Uni.

CEDH, 21 juin 1988, Plattform 'Artze für das leben' c. Autriche.

CEDH, 04 mai 2000, Rotaru c. Roumanie.

CEDH, 25 octobre 2001, P.G et J.H. c. Royaume-Uni.

CEDH, 20 octobre 2005, Ouranio Toxo c. Grèce.

CEDH, 30 août 2007, J. A. Pye Ltd et J. A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni.

CEDH, 02 octobre 2010, Uzun c. Allemagne.

CEDH, 05 octobre 2010, Köpke c. Allemagne.

CEDH, 30 juin 2009, Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse.

CEDH, 05 octobre 2017, Bărbulescu c. Roumanie.

CEDH, 04 décembre 2018, S. et Marper c. Royaume-Uni.

2 : Cour interaméricaine des droits de l'homme

CIDH, 19 octobre 2006, Claude Reyes et al. v. Chile.

CIDH, 06 juillet 2009, Escher vs Brasil.

Table des matières

Remerciements	4
Liste des principales abréviations.....	5
Sommaire.....	7
Introduction	8
Première Partie : Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à la vie privée	55
Chapitre 1 : L'évolution de la technique du droit du travail	57
Section I : La construction de la technique.....	57
§ 1° Les conceptions institutionnalistes.....	63
A. Les concepts de l'institutionnalisme et son application au problème de l'encadrement juridique du pouvoir dans les rapports de travail.....	65
B. Les formulations doctrinaires institutionnalistes.....	69
1) Les formulations communautaires	69
2) Les formulations organisationnelles.....	71
C. Évaluation critique des solutions présentées par l'institutionnalisme pour la problématique de l'encadrement juridique des pouvoirs de l'employeur	74
1) Les solutions institutionnalistes pour la problématique des pouvoirs de l'employeur : le déplacement de l'intérêt pour un élément externe à l'employeur.....	74
2) Critiques aux solutions institutionnalistes.....	76
§ 2° Les conceptions contractualistes	79
Section II : L'application de la technique.....	84
§ 1° Reconnaissance et limitation des pouvoirs de l'employeur dans les pays latins	86
A. La légitimation de l'exercice du pouvoir de l'employeur	87
B. Les limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur	90
§ 2° La technique du droit du travail dans le droit brésilien.....	95
A. L'application de la technique du droit du travail dans les sources de droit au Brésil	97
1) Légitimation et limitation de l'exercice du pouvoir de l'employeur dans la législation	97
2) La contribution de la doctrine brésilienne.....	103

3) Le rôle de la jurisprudence dans l'application de la technique du droit du travail	108
B. Bilan de l'application de la technique du droit du travail en droit brésilien	
109	
Chapitre 2 : Le modèle brésilien de limitation du pouvoir de l'employeur face aux	
libertés des employés.....	113
Section I : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits de la personnalité .	117
§ 1° Les origines et la consécration de la théorie des droits de la personnalité....	117
A. Les fondements juridiques d'élaboration de la théorie des droits de la	
personnalité.....	120
B. La consécration de la théorie des droits de la personnalité : considérations sur	
des aspects ayant influencé le droit brésilien.....	125
1) Les droits de la personnalité en droit français.....	125
2) Les droits de la personnalité en droit allemand.....	129
§ 2° Les Droits de la personnalité dans le droit brésilien	132
A. Construction de la théorie : inspiration dans la dogmatique européenne	132
B. La consécration de la théorie : protection des droits de la personnalité du	
travailleur par l'application du Code Civil de 2002	135
Section II : Limitation du pouvoir de l'employeur par les droits fondamentaux	139
§ 1° Les transformations dans le rôle des normes constitutionnelles de droits	
fondamentaux dans le droit brésilien.....	140
A. Constitutionnalisation du droit : expansion de la juridiction constitutionnelle	
141	
B. Nouvelle herméneutique constitutionnelle et force normative de la Constitution.	
.....	144
1) Principes et règles dans la nouvelle herméneutique constitutionnelle	149
2) Solution pour la collision entre normes-principes de droits fondamentaux : la	
technique de la pondération.....	154
i. L'application de la pondération par la jurisprudence brésilienne	157
ii. Préservation du noyau essentiel	159
§ 2° Application des droits fondamentaux dans les rapports de travail.....	160
A. Dimension subjective et fonction des droits fondamentaux	160
1) Caractère négatif des droits fondamentaux : droits de défense	163
2) Caractère positif des droits fondamentaux : droit à la prestation.....	165
i. Droits à la prestation comme droit de protection	166
ii. Les droits à la prestation comme droits à l'organisation et à la méthode	167
iii. Les droits à la prestation au sens strict.....	168
B. Dimension objective des droits fondamentaux : application des normes	
constitutionnelles dans les rapports de travail.	169

1) Reconnaissance jurisprudentielle de la dimension objective des droits fondamentaux	170
2) Efficacité horizontale des normes constitutionnelles de droits fondamentaux	173
Chapitre 3 : L'état actuel des limites à l'exercice du pouvoir de l'employeur par le droit à la vie privée.....	180
Section I : Les droits en cause : le droit à la vie privée et le droit à la propriété.....	181
§ 1° La protection de la vie privée par le droit brésilien.....	182
A. Approche historique du concept de droit à la vie privée	185
1) Les origines de la construction juridique de la protection de la vie privée en Europe.....	186
2) La conception de droit à la vie privée en droit américain : le « right to be alone »	195
B. Le Droit à la vie privée dans le droit brésilien.....	198
1) La vie privée dans la législation	198
2) La vie privée dans la doctrine et la jurisprudence	199
i. Définition.....	200
ii. Classification du droit fondamental à la vie privée.....	202
§ 2° Le droit à la propriété en droit brésilien	204
Section II : Les solutions jurisprudentielles sur le conflit entre la vie privée et la propriété privée dans le milieu du travail	211
§ 1° Limites imposées au cas par cas à l'exercice du pouvoir de l'employeur face au droit à la vie privée par la jurisprudence.....	215
A. L'interdiction des fouilles intimes	215
B. Conditions pour la réalisation de fouilles des biens d'utilisation personnelle de l'employé et des endroits destinés à les garder.....	218
§ 2° Bilan du modèle brésilien de limitation des pouvoirs de l'employeur face au droit à la vie privée	223
Deuxième Partie : Les pouvoirs de l'employeur, limités par le droit à l'autodétermination informationnelle	227
Chapitre 1 : L'évolution technique en droit du travail : effets de la diffusion des TIC dans le pouvoir de l'employeur	230
Section I : Du pouvoir de contrôle physique au pouvoir de contrôle électronique ..	231
§ 1° La société de l'information et les transformations de la vie privée.....	233
A. Définition de la Société de l'information	234
B. Caractéristiques de la société de l'information et nouveaux dangers pour la vie privée	237
1) Principales caractéristiques de la vie privée.....	237
i. Transformations à l'échelle globale	238

ii. Traitement de l'information par les entreprises comme condition pour la compétitivité et la productivité	240
2) Des nouveaux risques pour la vie privée.....	242
§ 2° l'impact des NTIC dans les pouvoirs de l'employeur	243
A. Le pouvoir et la surveillance dans la société de l'information	244
1) La relation entre surveillance et pouvoir	245
2) Panoptisme dans la société de l'information.....	251
B. Transformations dans la réalité du monde des entreprises : nouveaux risques pour la vie privée des travailleurs.....	253
Section II : L'insuffisance de la limitation traditionnelle du pouvoir de l'employeur	261
§ 1° L'inexistence d'une distinction entre limitation du contrôle physique et limitation du contrôle électronique de l'employeur dans le droit brésilien.....	261
A. Le contrôle audiovisuel.....	262
B. Contrôle de l'ordinateur et d'Internet	264
§ 2° Pourquoi faut-il limiter le pouvoir de contrôle électronique d'une façon distincte de celle du pouvoir de contrôle physique ?.....	268
Chapitre 2 : Le droit à l'autodétermination informationnelle comme limite au pouvoir de l'employeur face à la diffusion des TIC	276
Section I : Contribution du droit allemand : construction du droit à l'autodétermination informationnelle.....	277
§ 1° Evolution jurisprudentielle de la portée du droit fondamental à la vie privée dans le Tribunal Constitutionnel Allemand.....	278
A. La protection de la vie privée par la théorie des sphères et son insuffisance face aux avancées technologiques	278
B. Le cas du Recensement : la reconnaissance du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle	280
§ 2° Le droit à l'autodétermination informationnelle dans la décision du recensement	281
A. Droit à l'autodétermination informationnelle : un nouvel aspect du droit à la vie privée	282
B. Le caractère positif du droit à la vie privée et sa fonction de droit à la prestation	285
C. Les restrictions au droit fondamental à la vie privée doivent prendre en compte les principes de la protection des données personnelles.....	288
1) Principe de la finalité des données	289
2) Principe de la Nécessité.....	290
3) Principe de la transparence de la collecte des données	291
Section II : La protection des données personnelles en niveau international	291

§ 1° La construction du droit à l'autodétermination informationnelle en droit international	292
A. La protection de l'autodétermination informationnelle dans le Conseil de l'Europe	297
B. La Protection des données personnelles dans le droit de l'Union Européenne	300
C. La protection des données personnelles dans l'Organisation des Nations Unies et dans L'Organisation Internationale du Travail.....	305
D. La protection des données personnelles dans l'Organisation des États Américains.....	310
§ 2° La protection accordée aux données personnelles de l'employé dans les normes internationales	312
A. Les principes de protection aux données personnelles des salariés.....	312
1) Principe de la finalité.....	313
2) Principe de la proportionnalité et de la nécessité	314
3) Principe de la loyauté ou bonne foi.....	315
i. Le consentement du salarié	316
ii. Les données sensibles.....	319
B. Les droits et obligations des parties en matière de données personnelles	320
1) Les droits des salariés en matière de protection des données	320
2) Les obligations du responsable pour le traitement des données	323
3) Bilan des dispositions concernant la protection des données personnelles du salarié dans les documents internationaux.....	325
Chapitre 3 : Vers un droit à l'autodétermination informationnelle en droit du travail brésilien ?.....	329
Section I : De la protection à la vie privée à la protection à l'autodétermination informationnelle en droit brésilien	329
§ 1° L'état actuel de la protection des données personnelles en droit brésilien ...	330
A. Protection contre des actes de l'État attentatoires aux données personnelles	330
B. Protection contre des actions de particuliers qui attentent aux données personnelles	333
§ 2° La protection des données personnelles peut-elle s'intégrer au noyau essentiel du droit fondamental à la protection de la vie privée ?	334
Section II : Limites de l'autodétermination informationnelle à l'exercice des pouvoirs de l'employeur.....	341
§ 1° Limitation par des mesures législatives	341
§ 2° Limitation par des mesures administratives	346
A. Création d'organismes pour surveiller et contrôler le traitement des données personnelles dans le secteur public et privé.....	347
B. Participation des entités représentatives des travailleurs	350

§ 3° Limitation par la jurisprudence	353
A. Contrôle par l'utilisation de mécanismes audiovisuels et par des mécanismes de surveillance électronique en général.....	355
1) Limitation à l'installation d'équipements	356
i. Principe de finalité légitime	356
ii. Principe de la proportionnalité : occurrence nécessaire d'intérêt pertinent de l'employeur.....	358
iii. Le principe de transparence.....	359
2) Limitation à l'utilisation des équipements	364
i. Principe de non traitement de données confidentielles	365
ii. Principe de la véracité des données : l'aptitude de traitement avec le but désiré	366
iii. Principe de la compatibilité avec l'objectif déclaré	367
iv. Principe de la caducité.....	368
v. Principe de la confidentialité	369
B. Contrôle par la surveillance du courrier électronique.....	370
Conclusion Finale	376
Bibliographie	391
1 Ouvrages généraux, traités, manuels	391
2 Ouvrages spécialisés, thèses, monographies	394
3 Articles de revues ouvrages collectifs	413
4 Sites internet	423
5 Jurisprudence	424
Table des matières	432

